Institutionen des römischen rechts

Rudolf Sohm


VE RI
TAS



INSTITUTIONEN

DES

RÖMISCHEN RECHTS.

INSTITUTIONEN

DES

RÖMISCHEN RECHTS

VON

RUDOLPH SOHM,

PROFESSOR IN STRASSBURG.



LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.
1884.

GEORG KAUFMANN

IN FREUNDSCHAFT ZUGEEIGNET.

Vorrede.

Ein Institutionenlehrbuch — so wie ich es mir gedacht habe — zu schreiben, ist eine bescheidene, aber doch schwierige und, wie mir scheint, bedeutsame Aufgabe.

Es kommt nach meiner Ansicht darauf an, ein Buch zu haben, welches für den Anfänger geeignet sei, welches namentlich dazu dienen könne, sein Interesse an dem Gegenstand zu erwecken, der ihm dargelegt wird.

Unter diesem Gesichtspunkt schien mir das Hauptgewicht auf die Form der Darstellung fallen zu müssen. Es sollte versucht werden, den juristischen Gegenständen eine Gestalt zu geben, welche leichte Fasslichkeit mit Nachdruck des Inhalts verbindet, und welche dadurch den Anfänger von vornherein in den Stand setzt, seine Wissenschaft nicht als eine Summe von Trockenheiten, sondern als die königliche Trägerin reichen geistigen Lebens zu erblicken. Das Scepter, welches die Wissenschaft führt, um die Welt des Stoffes in ein Reich triebkräftiger, Nahrung gebender, der Sonne des Ideals zugewandter Gedanken zu verwandeln, muss sichtbar werden, um die Liebe zur Wissenschaft zu erwecken, welche die einzige wahre Mutter aller Studien ist. Ich bekenne offen, dass mir in dieser Hinsicht die Institutionen Puchta's als, wenngleich nicht erreichbares, Vorbild vorgeschwebt haben.

Aber mit solcher Form muss sich eine gewisse Beschränkung des Stoffes verbinden, — und in dieser Hinsicht schien mir das Meisterwerk Puchta's nicht das Richtige getroffen zu haben. Es bietet zu' viel für den Anfänger. Die Aufgabe kann nicht sein, die Zielpunkte einer rechtsgeschichtlichen Darstellung zu erreichen. Die Institutionen vermögen nicht zugleich die Rolle

einer Römischen Rechtsgeschichte zu übernehmen, schon deshalb, weil in den Institutionen die leitenden Gesichtspunkte dogmatischer Natur sind. In dieser Hinsicht theile ich völlig den Standpunkt, von welchem Hölder bei Abfassung seines trefflichen Institutionenlehrbuchs ausgegangen ist. Ebensowenig können andererseits die Institutionen in dogmatischer Hinsicht erschöpfend sein. Sie können nicht die Aufgabe haben, die Pandekten zu ersetzen, und etwa ein kurzes und darum ungenügendes Pandektenlehrbuch darzustellen. Immer kann es nur darauf ankommen, die Kraft zu wecken, die Fähigkeit vorbereitend zu üben, welche dann in den Pandekten einerseits, in der Römischen Rechtsgeschichte andererseits einer vollen wissenschaftlichen Aufgabe entgegengeführt werden soll.

Die eigenthümliche Aufgabe der Institutionen ist nicht wissenschaftlicher, sondern pädagogischer Natur. Sie sollen weder Rechtsgeschichte noch Pandekten sein, aber sie sollen den angehenden Juristen erziehen, dass er im Stande sei, den Anforderungen, welche jene Disciplinen an ihn stellen, gerecht zu werden. Vorbereitung, das ist Alles, was Institutionen zu gewähren im Stande sind. Daher bedarf es der dogmatischen Darstellung, aber nur so, dass eine Auswahl getroffen wird, welche die Hauptthatsachen und die Hauptbegriffe hervortreten lässt, um denselben Schilderung und Definition, vielleicht unter Umständen nur eine grobe Definition zu Theil werden zu lassen, deren Ausfeilung dann den Pandekten überlassen bleiben mag. Deshalb bedarf es ferner der rechtsgeschichtlichen Darstellung, aber nur, um von vornherein die unentbehrlichen geschichtlichen Kenntnisse zu vermitteln und zugleich dem Stoff die Perspective und das Leben mitzutheilen, welches das Recht als das Kunstwerk der Jahrhunderte in sich trägt. Ueberall muss als der oberste Zweck erscheinen: Eindrücke hervorzubringen, den Geist des angehenden Juristen in Thätigkeit zu setzen, ihn womöglich zu zwingen, dass er an die Gegenstände seiner Wissenschaft herantrete, um die Welt der Wunder zu sehen, welche sich ihm dort ankündigt. Nicht die Erledigung einer bestimmten stofflichen Aufgabe, sondern Anregung ist es, was an erster, ja vielleicht an einziger Stelle nothwendig ist.

Deshalb bin ich auch nicht der Meinung gewesen, etwa allen

dogmatischen Schwierigkeiten ängstlich aus dem Wege zu gehen. Nein, es schien mir richtiger, dann und wann auch einmal einen Griff in schwierigere Fragen zu thun (z. B. S. 327 bei der Ausführung über die hereditas jacens), damit die Art juristischer Probleme und die Weise des Nachdenkens über dieselben an einem Beispiel sichtbar werde. Ebensowenig habe ich gemeint, auf dem Gebiet rechtsgeschichtlicher Fragen mich lediglich an das Ueberlieferte halten zu müssen. Auch hier ist unter Umständen (z. B. S. 329 ff. in Bezug auf die Entstehung der bonorum possessio) der Anfänger vor eine offene und schwierige rechtsgeschichtliche Frage geführt worden, wiederum in der Absicht, die Weise historischen Nachdenkens und zugleich den Reichthum der Wissenschaft an noch zu lösenden Fragen vermittelst eines Einzelfalls klar zu machen.

In dieser Weise dachte ich mir Stoff und Aufgabe. Formell ist das justinianische Privatrecht als Ziel der Darstellung bezeichnet worden (§ 5). In dem justinianischen Recht berührt sich die gesammte Vergangenheit des römischen Rechts mit den privatrechtlichen Ideen, welche noch heute unter uns leben. Darum konnte, wie mir schien, von diesem Standpunkt aus am Besten eine Einleitung in die römische Rechtsgeschichte einerseits, in die Dogmatik unseres Privatrechts andererseits gegeben, und damit die Aufgabe eines Institutionenlehrbuchs gelöst werden, — eine Aufgabe, welche zugleich (wie schon gesagt worden ist) die im Ganzen leicht geschürzte, aber doch unter Umständen tiefer eindringende Art der Behandlung nothwendig machte.

Von dem Vorrecht eines Institutionenlehrbuchs, keine Litteratur zu citiren, habe ich reichlich Gebrauch gemacht. Aber doch habe ich nicht gemeint, lediglich um des Princips willen keine Ausnahmen machen zu dürfen. Ich habe vielmehr dann und wann Bücher citirt, denen ich mich zu besonderem Dank verpflichtet fühle, und von denen gehört zu haben, schon dem Institutionisten nützlich ist. Dass dabei mancherlei Ungleichheit und, um es so zu nennen, Ungerechtigkeit vorkommt, da eine Reihe von hervorragenden Werken, denen ich unendlich Vieles schuldig bin, natürlich ungenannt geblieben ist, sehe ich selber ein.

Ueberhaupt wird es bei einem Stoff, welcher, wie der Gegenstand unserer Institutionen, in so mannigfacher Hinsicht dem sub-

jectiven Ermessen und Belieben des Darstellers unterliegt, schwer sein, allen Anforderungen zu genügen. Am meisten Sorge macht mir, ob die Art, wie ich den römischen Civilprocess behandelt habe (§§ 34—44), den Beifall der Sachverständigen finden wird. Dem Einen werde ich zu viel, dem Andern zu wenig gegeben haben. Meine Idee war diese, hier gewissermassen Institutionen des römischen Civilprocesses zu schreiben: eine Darstellung, welche das Wichtigste aus der Geschichte des römischen Civilprocesses in (so weit möglich) anschaulicher Weise dem Anfänger überliefert. Darüber, dass es durchaus nothwendig ist, schon dem angehenden Juristen eine Anschauung von Wesen und Art des römischen Civilprocesses zu geben, wird keine Meinungsverschiedenheit bestehen.

Aber die Einwirkung des subjectiven Moments stellt selbstverständlich nicht die einzige Klippe dar, an welcher solche Arbeit scheitern kann. Ich brauche wohl nicht zu versichern, dass ich die Schwierigkeiten der Aufgabe oft genug empfunden habe, namentlich soweit es sich um die geschichtlichen Theile der Darstellung handelt. Welch einen reichen Stoff galt es hier zu bewältigen, und wie ungenügend ist oft das, was man zu bieten genöthigt ist! Und doch zog der Reiz der Aufgabe, die Grossartigkeit des Blicks auf die Welt der römischen Rechtsgeschichte, der Trieb, an diesem edlen Stoff mich formgebend zu versuchen, neben Anderen, besser Gerüsteten dennoch in den Wettkampf um ein bedeutsames Ziel mit einzutreten, mich immer auf's Neue zu dieser Arbeit hin. Wie viel fehlt, dass sie vollendet wäre! Aber das ist die Art der Wissenschaft, dass sie schon das Streben nach dem Ziel mit Frucht segnet, ja dass sie ihre schönsten und reinsten Freuden austheilt, nicht nach der Arbeit, wenn das Werk formell fertig ist (ach, mit wie viel Mängeln!), sondern während und in der Arbeit: dann, wenn wir mit heisser Stirn dem Licht entgegen ringen, welches sie auf steiler Höhe weithin leuchtend zeigt.

Strassburg i. E. am 25. September 1883.

Rudolph Sohm.

Inhalt.

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Die Aufgabe.

§ 1.

Die Reception des römischen Rechts in Deutschland.

Im 16. Jahrhundert vollzog sich in Deutschland jene grosse Culturbewegung, welche die mittelalterlichen Anschauungsformen und Ideen durch den wiedergeborenen Geist des Alterthums verdrängte. Von Italien war die Bewegung ausgegangen. Im 16. Jahrhundert eroberte sie die abendländische Welt. An die Stelle der Gothik trat der Styl der Renaissance, an die Stelle der Scholastik der Humanismus. Auch das deutsche Rechtsleben ward in den mächtigen Strom der Bewegung hineingerissen. Das vaterländische Recht, nicht vertheidigt noch fortgebildet durch eine starke Centralgewalt, vermochte dem Andrang der neuen Ideen nur unvollkommenen Widerstand entgegenzusetzen. Was im 15. Jahrhundert sich bereits vorbereitet hatte, vollendete sich im 16. Jahrhundert: die Reception des römischen Rechts in Deutschland.

Seitdem ist das römische Recht ein Bestandtheil unseres Rechts geworden, und auch wo die formale Geltung des Corpus Juris civilis beseitigt ist (z. B. im Gebiet des preussischen Landrechts), ist doch inhaltlich die Geltung römischer Rechtssätze für weite Gebiete unseres Rechtslebens unberührt geblieben.

Fast noch bedeutender aber als der materielle Erfolg des römischen Rechts war der Einfluss, welchen es auf unsere wissen-

schaftlichen Vorstellungen gewonnen hat. Das mittelalterliche Recht, nicht in Büchern, sondern in dem Gedächtniss der Männer sein Leben führend, hatte eine Rechtswissenschaft in Deutschland nicht hervorgebracht. So kam es, dass die römische Jurisprudenz, welche mit dem Corpus Juris civilis herüberkam, bei uns ein leeres, unbesetztes Gebiet fand, welches sie ohne Schwertstreich occupirte. Erst seit dem 16. Jahrhundert, d. h. erst seit und in Folge der Reception des römischen Rechts, gab es bei uns eine deutsche Rechtswissenschaft, und diese deutsche Rechtswissenschaft hat von vornherein die Züge der Mutter an sich getragen, welcher sie entstammte: der römischen Jurisprudenz. Derselbe geniale Formensinn, welcher die antike Kunst auszeichnet, hatte auch der antiken Rechtswissenschaft jenes Ebenmass, jene Durchsichtigkeit, jene einleuchtende Kraft ihrer Begriffe gegeben, welche nun in Deutschland, sobald nur das römische Recht in den Horizont der Zeit eintrat, die Geister gefangen nahm. Die römische Jurisprudenz kam, sah und siegte. Seit dem 16. Jahrhundert bis heute ist sie die Lehrmeisterin unseres juristischen Denkens gewesen, und darum fangen wir noch heute unseren juristischen Unterricht mit dem römischen Recht an.

Der Theil des Rechts, für welchen es dem Alterthum gelang, die grössten Erfolge davonzutragen, ist das Privatrecht, welches an erster Stelle das Recht der Vermögensverhältnisse (Eigenthum, Schuldverhältnisse) bedeutet. Die Wissenschaft des römischen Privatrechts steht daher noch heute im Mittelpunkt unserer Jurisprudenz. Hier setzen auch die „Institutionen" ein, um dem Anfänger die erste Anschauung von seiner Wissenschaft zu gewähren.

§ 2.

Das römische Privatrecht.

Mit dem römischen Privatrecht beschäftigen sich verschiedene Disciplinen: die römische Rechtsgeschichte, die Institutionen und die Pandekten. Das Verständniss dieser Dreitheilung ergiebt ein Blick auf das Verhältniss des römischen Rechts zum heutigen Recht.

Deutschland zerfällt heute in Bezug auf die Gestaltung seines Privatrechts in zwei grosse Rechtsgebiete.

Das eine Gebiet ist das Gebiet des sog. Pandektenrechts (oder, wie es auch heisst: das Gebiet des gemeinen Rechts), d. h. das Gebiet, in welchem das römische Privatrecht noch formelle Gesetzeskraft besitzt, wo es also noch heute gilt, soweit es nicht durch einzelne Landesgesetze geändert wurde. Zu diesem Gebiet gehören Schleswig-Holstein, die Hansestädte, Lauenburg, Mecklenburg, Neuvorpommern und Rügen, Hannover (grösstentheils), Oldenburg (mit Ausnahme des Fürstenthums Birkenfeld), Braunschweig, die thüringischen Herzogthümer, Lippe-Detmold, Schaumburg, Waldeck, der Bezirk des Appellationsgerichtes Ehrenbreitstein, Hessen-Nassau, Hessen-Darmstadt (mit Ausnahme von Rheinhessen), Hohenzollern, Würtemberg und Bayern (mit Ausnahme der Pfalz und der fränkischen Fürstenthümer). Es ist ein grosses, compactes, von Schleswig-Holstein im Norden bis nach Bayern im Süden hinabreichendes Rechtsgebiet. In all diesen Ländern sind viele Gesetze erlassen, welche das römische Privatrecht in einzelnen Materien, bisweilen auch in vielen Materien abändern. Aber überall hat das römische Privatrecht sog. subsidiäre Geltung: es gilt, soweit die Landesgesetze keine entgegenstehenden Bestimmungen enthalten.

Das andere Gebiet ist das Gebiet des codificirten Privatrechts, d. h. das Gebiet, wo die formelle Geltung des römischen Privatrechts ausgeschlossen und das ganze Privatrecht durch eine erschöpfende einheimische Gesetzgebung (Codification) beherrscht wird. Inhaltlich sind jedoch auch in diese Codificationen viele Sätze des römischen Rechts aufgenommen worden. Diese Gebiete sind die Gebiete des preussischen Landrechts von 1794, des französischen bürgerlichen Gesetzbuchs (des code civil) von 1804 (gilt am linken Rheinufer und in Baden in der Form des badischen Landrechts von 1809) und das Gebiet des kgl. sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs von 1863. Auch im cisleithanischen Oesterreich gilt eine solche Codification, welche das bis dahin geltende Pandektenrecht beseitigte: das österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811. Fast die ganze östliche Hälfte Deutschlands (rechts der Elbe) und der äusserste Westen (links des Rheines) hat codificirtes Privatrecht.

Jetzt wird klar sein, weshalb und in welcher Art vom römischen Privatrecht gehandelt wird.

§ 3.
Die Wissenschaft des Pandektenrechts.

Die Wissenschaft des Pandektenrechts handelt von dem römischen Privatrecht in seiner heutigen Gestalt, d. h. in der Gestalt, in welcher es in den Ländern des Pandektenrechts („des gemeinen Rechts“) subsidiäre Geltung hat. Dies Pandektenrecht weicht von dem reinen römischen Privatrecht, wie es im Corpus Juris civilis steht, vielfach ab in Folge der Modificationen, welche es im Lauf einer mehr als tausendjährigen Entwickelung durch die mittelalterliche Gesetzgebung der Kirche (das im Corpus Juris canonici enthaltene kanonische Recht), die italienischen und deutschen Rechtsgewohnheiten, durch die Gesetzgebung des früheren und heutigen deutschen Reichs empfangen hat.

Der praktische Nutzen der Pandektenwissenschaft ist ein doppelter.

Einmal ist die Pandektenwissenschaft für die Länder „des gemeinen Rechts“ (des Pandektenrechts) die Darstellung eines unmittelbar praktisch geltenden Rechts. Was von der Pandektenwissenschaft gelehrt wird, hat in den Ländern des gemeinen Rechts den Anspruch, von den Gerichten angewandt zu werden, sofern nicht Landesgesetze oder Landesgewohnheiten etwas Anderes bestimmt haben.

Zum Andern aber ist die Pandektenwissenschaft auch für die Länder des codificirten Rechts von praktischer Bedeutung. Die Gesetzbücher (das preussische Landrecht u. s. w.) enthalten keine neue Weisheit, welche damals plötzlich vom Himmel herabgefallen wäre. Sie sind vielmehr auf Grund des vorher geltenden Rechts entstanden, also, da vorher (seit der Reception im 16. Jahrhundert bis gegen das Ende des 18. Jahrhunderts) in allen Ländern Deutschlands das Pandektenrecht als subsidiäres Recht galt, sind sie namentlich auch auf Grund des Pandektenrechts verfasst worden. Im preussischen Landrecht, im kgl. sächsischen Gesetzbuch, im österreichischen Gesetzbuch ist eine ganze Menge von Rechtssätzen enthalten, welche dem Pandektenrecht entnommen sind (das französische Gesetzbuch enthält am wenigsten römisches Recht). Daher enthält die Pandektenwissenschaft zugleich den

Schlüssel für das Verständniss der codificirten Privatrechte. Mit Hülfe der Pandektenwissenschaft lernen wir das preussische Landrecht u. s. w. verstehen.

Aber es gilt in Deutschland nicht blos Pandektenrecht. Neben dem Pandektenrecht haben wir in den Ländern des gemeinen Rechts eine ganze Reihe von Landesgesetzen und Landesgewohnheiten, welche, soweit sie Bestimmungen enthalten, in der Rechtsanwendung dem Pandektenrecht für das Gebiet des betreffenden Landes vorgehen. Diese Landesgesetze und Landesgewohnheiten haben ihren Ursprung aber meistens nicht im römischen Recht, sondern in dem einheimisch deutschen Recht, welches vor der Reception in Deutschland blühte. Ferner: die neueren codificirenden Gesetzbücher haben ihren Inhalt nur zum Theil aus dem Pandektenrecht geschöpft. Neben Rechtssätzen, welche dem Pandektenrecht entstammen, hat z. B. das preussische Landrecht eine grosse Zahl von Rechtssätzen, welche dem einheimisch deutschen Recht der preussischen Provinzen ihren Ursprung verdanken.

Daher haben wir, um das heute in Deutschland geltende Privatrecht zu verstehen, neben der Wissenschaft des Pandektenrechts noch eine zweite Wissenschaft nöthig, welche das aus einheimisch deutscher Wurzel stammende Privatrecht zum Gegenstand hat. Diese Wissenschaft ist die Wissenschaft des technisch sog. deutschen Privatrechts.

So entspricht also dem doppelten Ursprung unseres heutigen Privatrechts eine Zweitheilung der Wissenschaft. Soweit unser heutiges Privatrecht auf römisches Recht zurückgeht, wird es von der Wissenschaft des Pandektenrechts, soweit es auf einheimisch deutsches Recht zurückgeht, wird es von der Wissenschaft des deutschen Privatrechts zusammenfassend dargestellt.

§ 4.

Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte.

Die Pandektenwissenschaft gehört, wie sich soeben herausgestellt hat, der Wissenschaft unseres heutigen Privatrechts an. Dagegen haben die beiden Disciplinen der römischen Rechtsgeschichte und der Institutionen es lediglich mit der Geschichte unseres Privatrechts (soweit es auf römischer Wurzel ruht) zu thun.

Die römische Rechtsgeschichte handelt von der Geschichte des römischen Privatrechts von den ältesten Zeiten bis auf Justinian, den Urheber des Corpus Juris civilis (im 6. Jahrhundert n. Chr.). Sie zeigt, wie das römische Recht, von geringen Anfängen ausgehend, nicht blos äusserlich die Welt eroberte, sondern zugleich innerlich zu einem Weltrecht sich umgestaltete. Sie zeigt die Ursachen der Grösse des römischen Rechts und seiner Wissenschaft, zugleich damit einen Theil der Gründe, weshalb wir das römische Recht recipirt haben.

§ 5.

Die Aufgabe der Institutionenwissenschaft.

Die Institutionen bringen den Abschluss der römischen Rechtsgeschichte, sofern sie innerhalb des römischen Reiches sich vollzog, zur Anschauung. Sie handeln von dem römischen Privatrecht zur Zeit Justinians.

Justinian war es beschieden, die Summe der römischen Rechtsentwickelung zu ziehen. Das Gesetzbuch, in welchem er dies Werk vollbrachte, ist das Corpus Juris civilis. Es steht am Ende der römischen, im Beginne der mittelalterlichen Rechtsgeschichte. Es bildet den Schlussstein der antiken, den Anfang unserer Rechtsentwickelung.

Wegen dieser seiner centralen Stellung wird das Recht des Corpus Juris civilis von unserer Wissenschaft zweimal und in zweifach verschiedener Weise dargestellt. Einmal in den „Pandekten“. Die Pandektenwissenschaft handelt von dem Recht des Corpus Juris civilis in seiner heutigen Gestalt, also in der veränderten Form, welche ihm das kanonische Recht, italienische und deutsche Gewohnheiten, deutsche Reichsgesetze gegeben haben (§ 3). Zum Andern wird das Recht des Corpus Juris civilis in den „Institutionen“ dargestellt. Die Institutionenwissenschaft handelt von dem Recht des Corpus Juris civilis in seiner damaligen Gestalt (nämlich zur Zeit Justinians), also von dem unveränderten Recht des Corpus Juris civilis oder, wie man zu sagen pflegt, von dem reinen römischen Privatrecht. Durch die Pandekten wird das römische Recht des 19. Jahrhunderts, durch die Institutionen das römische Recht des 6. Jahrhunderts dargestellt.

Die Institutionenwissenschaft erfüllt zugleich eine zweite Aufgabe. Indem sie das reine römische Privatrecht darstellt, soll sie zugleich eine Einleitung in das gesammte Rechtsstudium gewähren.

Dadurch bestimmt sich der Gang der folgenden Darstellung. Es wird zunächst eine kurze Orientirung über die Quellen, sowie über die juristischen Grundbegriffe gegeben werden. Dann folgt die Darstellung selbst in einem einleitenden geschichtlichen und in einem dogmatischen Theil.

Zweites Kapitel.

Quellen und Grundbegriffe.

§ 6.

Die Quellen.

I. Das Corpus Juris civilis von Justinian hat vier Theile:

1. Die Institutionen (publicirt am 21. Nov. 533) sind ein kurzes Lehrbuch, bestimmt, den gesammten übrigen Inhalt des Corpus Juris kurz zusammenfassend darzustellen und damit zugleich in das Studium des Corpus Juris einzuleiten, — aber ein Lehrbuch mit Gesetzeskraft. Die Institutionen haben gleiche Gesetzeskraft wie die Digesten und der Codex.

Die Institutionen zerfallen in vier Bücher, die Bücher in Titel, die Titel in Paragraphen. Der erste Satz des Titels (vor § 1) wird als principium (pr.) bezeichnet. Also citirt man:

pr. I. (= Institutionum) de donat. (2, 7).

Soll unmittelbar darauf eine andere Stelle desselben Titels citirt werden, so wiederholt man Ueberschrift und Zahl des Titels nicht, sondern schreibt:

§ 4 I. eod.

Handelt die Darstellung, zu welcher eine Stelle des Institutionentitels de donationibus als Belegstelle citirt werden soll, ex professo von Schenkungen, so kann das erste Citat auch lauten:

pr. I. h. t. (= hoc titulo).

Mit dem Citat h. t. ist also der einschlagende Titel (der unsere, gerade vorliegende, Materie behandelnde Titel), mit dem Citat: eod. der zuletzt vorher citirte Titel angezogen.

2. Die Digesten oder Pandekten (publicirt am 16. Dec. 533) enthalten Auszüge (Fragmente) aus den Schriften der römischen Juristen, welche von Justinian zusammengestellt und mit Gesetzeskraft versehen sind. Die Digesten haben 50 Bücher, die Bücher zerfallen in Titel, die Titel in Fragmente (sog. leges), die Fragmente in Paragraphen; der erste Absatz der lex heisst principium. Also Citat:

L. (= lex) 2 pr. D. (= Digestorum) mandati (17, 1).

L. 10 § 1 eod.

L. 18 h. t. (mit diesem Citat ist der Titel mandati citirt, wenn die Ausführung, zu welcher citirt wird, ex professo vom Mandat, d. h. vom Auftrag, handelt).

Die Bücher 30. 31. 32 der Digesten handeln alle drei von dem nämlichen Gegenstand: de legatis, und haben keine Titeleintheilung. Darum citirt man hier:

L. 1 D. de legat. I (30).

Manche neuere Schriftsteller bezeichnen die einzelnen Fragmente der Juristenschriften, aus welchen die Digestentitel zusammengesetzt sind, nicht als leges, sondern als fragmenta (fr.), und kann dann das D., also die Verweisung auf den Digestentheil des Corpus Juris, fortbleiben. Also:

fr. 2 pr. mandati (17, 1).

3. Der Codex (publicirt am 16. Nov. 534) enthält kaiserliche Erlasse und Gesetze von Justinian und den älteren Kaisern (meistens auszugsweise), welche von Justinian zusammengestellt und als einheitliches Gesetz publicirt sind. Der Codex hat 12 Bücher. Die Bücher zerfallen in Titel, die Titel in die einzelnen kaiserlichen Erlasse (leges), die leges in Paragraphen, wie vorher. Also Citat:

L. 11 § 1 C. (= Codicis) depositi (4, 34).

Die einzelnen leges des Codex können auch als c. (= constitutio) bezeichnet werden, und kann dann das C., d. h. die Verweisung auf den Codextheil des Corpus Juris, fortbleiben:

c. 11 § 1 depositi (4, 34).

Diese drei Theile des Corpus Juris: die Institutionen, die

Digesten und der Codex sind von Justinian zwar an verschiedenen Daten, aber doch als zusammen ein einziges Gesetzbuch bildend, publicirt worden, und haben daher alle gleiche Gesetzeskraft. Sie stellen das Corpus Juris in der Gestalt dar, in welcher es von Justinian erlassen wurde. Unser heutiges Corpus Juris unterscheidet sich von dem Corpus Juris Justinians dadurch, dass wir noch einen vierten Theil dem Corpus Juris hinzugefügt haben:

4. Die Novellen sind Nachtragsgesetze, von Justinian und späteren Kaisern nach Vollendung des Corpus Juris gegeben (weitaus die meisten von Justinian in den Jahren 535—565). Weil sie jünger sind als das Corpus Juris, so gehen sie, soweit die Novellen von uns recipirt sind (was bei den meisten der Fall ist), dem übrigen Inhalt des Corpus Juris vor. Die Novellen citirt man nach Zahl, Capiteln und Paragraphen:

Nov. 118 cap. 3 § 1.

Ausgabe:

Corpus Juris civilis. Editio stereotypa. Institutiones rec. P. Krüger. Digesta rec. Th. Mommsen. Berolini 1872. Codex Justinianus rec. P. Krüger. Berol. 1877. Novellae rec. R. Schoell (noch unvollendet). Berol. 1880.

II. Die vorjustinianischen Rechtsquellen sind:

1. Die Schriften der römischen Juristen in ihrer ursprünglichen Gestalt.

2. Die Erlasse und Gesetze der römischen Kaiser in ihrer ursprünglichen Gestalt.

3. Die altrömischen Volksgesetze und anderen Rechtsquellen in ihrer ursprünglichen Gestalt, Urkunden und Nachrichten nichtjuristischer Schriftsteller.

Ausgaben:

Corpus juris romani antejustiniani consilio professorum Bonnensium. Bonnae 1835 ff.

Jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt, ed. Huschke, ed. 4. Lipsiae 1879.

Collectio librorum juris antejustiniani in usum scholarum, ediderunt P. Krüger, Th. Mommsen, Guil. Studemund. Berolini 1877. 1878.

Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Justinianum latarum, quae extra constitutionum codices supersunt, ed. Haenel. Lips. 1857.

Fontes juris Romani antiqui, ed. Bruns, ed. 4. Friburgi in Brisgavia 1879.

§ 7.

Grundbegriffe.

I. Begriff und System des Rechts. Das Recht ist das machtvertheilende Gesetz des menschlichen Gemeinlebens. Es giebt zwei Arten von Machtverhältnissen: Macht über Sachen (und Sachwerthe) einerseits, Macht über Personen (einen freien Willen) andererseits. Die Machtverhältnisse über die Welt der Sachgüter ordnet das Privatrecht (dessen Kern daher das Vermögensrecht darstellt): das Privatrecht handelt von der Herrschaft der Person über die Sache. Die persönlichen Machtverhältnisse dagegen, auf ideale Macht über den unsichtbaren und äusserlich unerreichbaren Willen gerichtet, ordnet das öffentliche Recht: das öffentliche Recht handelt von der Herrschaft der Person über die Person. Dort (auf dem Gebiet des Privatrechts) fragt es sich um Herrschaftsrechte von Geldwerth, hier (auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts) um Herrschaftsrechte von ethischem, unschätzbarem Werth. Dort erscheint das Rechtssubject als Einzelnes, die Sachgüterwelt beherrschend, hier als Glied einer Gemeinschaft, welcher es zu dienen bestimmt ist, damit es zugleich ihre Wohlthaten geniesse. Die Rechte des Privatrechts haben ihrem Object gegenüber einseitig berechtigende, die Rechte des öffentlichen Rechts zugleich verpflichtende Wirkung. Den Gegensatz klar zu machen, diene das Eigenthum an einer Sache einerseits, das Regierungsrecht des Staatsoberhauptes über seine Unterthanen andererseits.

In das Gebiet des öffentlichen Rechts gehören das Staatsrecht, das Völkerrecht, das Kirchenrecht, das Strafrecht, das Processrecht und das sog. reine Familienrecht (z. B. Eheschliessungsrecht, Ehescheidungsrecht). Das Privatrecht wird von dem Vermögensrecht ausgefüllt, mit dessen Darstellung jedoch herkömmlich (und aus guten Gründen) die Darstellung eines Theils des Familienrechts verbunden zu werden pflegt (unten § 19).

L. 1 § 2 D. de just. et jure (1, 1) (Ulpian.): Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.

II. Entstehung des Rechts. Das Recht entsteht theils unbewusst aus den Ueberzeugungen und dem Leben der Nation heraus (Gewohnheitsrecht), theils durch einen bewussten, formell willkürlichen Act der Staatsgewalt (Gesetzesrecht). Gesetzesrecht ist das Recht von Gewaltwegen (es gilt kraft eines Befehls der Staatsgewalt), Gewohnheitsrecht ist das Recht von Ueberzeugung wegen (es gilt, weil es, von der Ueberzeugung der Nation ausgegangen, durch spontane Uebung sich durchgesetzt hat).

L. 32 § 1 D. de leg. (1, 3) (JULIAN.): Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissimum etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

III. Die Geltung des Rechts. Seiner räumlichen Geltung nach ist das in Deutschland ausgebildete Recht entweder Partikularrecht, d. h. das für einen Theil Deutschlands geltende Sonderrecht, oder gemeines deutsches Recht, d. h. für ganz Deutschland geltendes Recht [1]). Das gemeine Recht ist entweder subsidiäres gemeines Recht, d. h. es gilt nur in Ermangelung einer partikularrechtlichen Bestimmung, oder es ist absolutes gemeines Recht (uniformes Recht), d. h. es duldet keine partikularrechtlichen Abweichungen. Das ältere gemeine deutsche Recht (so das Pandektenrecht) hatte nur subsidiäre Geltung. Das neue gemeine Recht, wie es durch unsere heutige Reichsgesetzgebung erzeugt wird, nimmt dagegen absolute Geltung für sich in Anspruch.

Dem Einzelnen gegenüber hat das Recht entweder dispositive oder absolute Geltung. Dispositives Recht ist solches Recht, dessen Anwendung durch den Privatwillen für den Einzelfall ausgeschlossen werden kann (z. B. der Rechtssatz, dass der Verkäufer für heimliche Mängel der Sache haftet); absolutes Recht ist solches

1) Das Pandektenrecht heisst noch heute gemeines deutsches Recht, obgleich es nur noch in den sog. Ländern des gemeinen Rechts gilt, weil es früher für ganz Deutschland gegolten hat.

Recht, welches durch Privatwillen nicht ausgeschlossen werden kann (z. B. die Rechtssätze über die Wechselform, Testamentsform u. s. w.) Die Mehrzahl der Rechtssätze hat absolute Geltung. Für absolute Rechtssätze (auch für die absoluten Privatrechtssätze) kommt der Kunstausdruck jus publicum, jus commune vor.

L. 38 D. de pactis (2, 14) (Papinian.): Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.

L. 7 § 16 eod. (Ulpian.): Quoties pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet.

IV. Recht im objectiven Sinn nennen wir die Rechtsnorm (den Rechtssatz), Recht im subjectiven Sinn die einzelne Rechtsbefugniss (z. B. das Forderungsrecht des Darlehnsgläubigers).

V. Strenges Recht (jus strictum) heisst das Recht, insofern es die Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls (z. B. dass der Schuldner durch Betrug zu dem Geschäft veranlasst war) nicht gestattet. Billiges Recht (jus aequum) heisst das Recht, insofern es die Berücksichtigung solcher Umstände gestattet. Das billige Recht erscheint häufig in der Form des Ausnahmsrechts (jus singulare), also in der Form, dass es für gewisse Fälle die Berücksichtigung der besonderen Umstände ausnahmsweise gestattet. Sofern das Ausnahmsrecht gewissen Personenklassen zu Gute kommt, heisst es ein Privilegium (im objectiven Sinn). Privileg im subjectiven Sinn ist das einer bestimmten Person durch lex specialis gewährte Sonderrecht.

L. 14 D. de leg. (1, 3) (Paulus): Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.

§ 8.

Die Rechtswissenschaft.

Die Rechtswissenschaft hat eine praktische und eine ideale Aufgabe.

I. Die praktische Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, das durch die Rechtsquellen (Gesetze, Gewohnheitsrecht) dargebotene Recht (den Rohstoff des Rechts) zur Anwendung geschickt zu

machen. Die Rechtsquellen nämlich bieten immer nur ein unvollständiges, lückenhaftes Recht. Auch der weiseste Gesetzgeber vermag nicht alle Fälle vorherzusehen. Die Rechtswissenschaft verwandelt dies unvollständige, lückenhafte Recht der Rechtsquellen in ein vollständiges, lückenloses Recht: den Rohstoff in ein Kunstwerk. Zu diesem Zweck hat sie eine doppelte Thätigkeit zu entwickeln: einmal die Constatirung, sodann die Entfaltung der Rechtssätze.

Die Rechtswissenschaft constatirt die Rechtssätze, welche unmittelbar durch die Rechtsquellen dargeboten werden, durch das Mittel der Auslegung (Interpretation). Die Auslegung ist einerseits grammatische Auslegung, d. h. Auslegung des Wortlautes (des Buchstabens), andererseits logische Auslegung, d. h. Auslegung des Sinnes nach Zusammenhang, Ursprung, Absicht des Rechtssatzes. Die logische Auslegung muss sich stets mit der grammatischen verbinden: sie wird das Ergebniss einer blossen Buchstabeninterpretation vielfach berichtigen: bald über dieselbe hinausgehen (sog. extensive Interpretation), bald hinter derselben zurückbleiben (sog. restrictive Interpretation). Eine grammatische Interpretation, welche den Buchstaben des Gesetzes in Widerspruch mit dem Sinne des Gesetzes (der logischen Interpretation) geltend macht, ist ein Verfahren in fraudem legis.

L. 17 D. de leg. (1, 3) (Celsus): Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

L. 29 eod. (Paulus): Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.

Auf die Constatirung des Rechtssatzes hat die Entfaltung seines Inhalts zu folgen. Die Entfaltung eines Rechtssatzes geschieht einmal durch Entwickelung seiner Consequenzen (der Rechtssatz schliesst eine Reihe speciellere Rechtssätze, eine Reihe von Untersätzen, in sich), andererseits durch Entwickelung seiner Principien (der gegebene Rechtssatz folgt aus allgemeineren Rechtssätzen, hat bestimmte Obersätze zur Voraussetzung). Am wichtigsten ist dies letztere Verfahren: die Gewinnung von Obersätzen aus den gegebenen Rechtssätzen. Solche (gefundene) Obersätze schliessen dann in ihren Untersätzen eine Reihe von

anderen Rechtssätzen in sich, welche in den Rechtsquellen unmittelbar nicht enthalten waren. Also eine Bereicherung des Rechts, welche auf rein wissenschaftlichem Wege gewonnen wird. Die Herausstellung solcher neuen Rechtssätze mit Hülfe eines blos deducirten (gefundenen) Obersatzes nennt man analoge Anwendung des erstgegebenen Rechtssatzes, aus welchem jener Obersatz deducirt wurde. Consequenz ist also die Anwendung eines gegebenen Princips (Obersatzes), Analogie die Anwendung eines gefundenen Princips.

Das wissenschaftliche Verfahren, durch welches man Obersätze findet, die in den Rechtsquellen nicht unmittelbar enthalten sind, kann mit dem Verfahren der Chemie verglichen werden. Jhering hat daher von einer juristischen „Scheidekunst" gesprochen [1]). Die Rechtswissenschaft zerlegt ein Rechtsverhältniss, welches durch Rechtssatz geregelt ist, in seine Elemente. Sie entdeckt, dass in der ganzen, anscheinend unübersehbaren und unzählbaren Masse von Rechtsverhältnissen, welche das tägliche Leben stets neu hervorbringt, eine verhältnissmässig kleine Zahl von Elementen enthalten ist, welche, nur in verschiedener Zusammensetzung, immer wiederkehren. Diese Elemente bilden gewissermassen das „Rechtsalphabet" (Jhering) [2]). So ist z. B. in allen Verträgen, im Kaufvertrag, Miethvertrag, Erbvertrag, Traditionsvertrag u. s. w. das eine Element: Vertrag, d. h. Consenserklärung, enthalten. Habe ich für den Kaufvertrag eine erschöpfende Reihe von Rechtssätzen, so habe ich nothwendig auch Rechtssätze, welche sich auf dies Element des Kaufvertrags: die Erklärung eines übereinstimmenden Willens, beziehen. Diese Rechtssätze über das Element: Vertrag (die also entscheiden: unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag zu Stande kommt, welche Wirkung der Irrthum, welche Wirkung eine beigefügte Bedingung oder sonstige Clausel hat, u. s. w.) sind Obersätze, welche ich aus den Rechtssätzen über Kauf deducirt habe, und welche eine zahllose Menge von weiteren Rechtssätzen in sich schliessen, welche mir auch über das Zustandekommen des

---

1) Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. 3. Theil. 1. Abth. (2. Aufl. 1871) S. 11.

2) Geist des röm. Rechts 1. Theil (3. Aufl. 1873) S. 42.

Miethvertrags, des Erbvertrags, des Traditionsvertrags u. s. w. Aufschluss zu geben im Stande sind (sofern nicht andere Obersätze modificirend eingreifen). Die analoge Anwendung eines Rechtssatzes fällt also mit der Entdeckung der Elemente des Rechtsverhältnisses zusammen, und bedeutet solche analoge Anwendung nicht (wie der Laie es sich vorzustellen pflegt) die Anwendung eines gegebenen Rechtssatzes auf ein ungefähr ähnliches Verhältniss (solche Analogie wäre vielmehr das Gegentheil von Jurisprudenz), sondern die Anwendung eine gegebenen Rechtssatzes auf genau das gleiche Verhältniss, insofern in einem anscheinend anderen Verhältniss das gleiche Element gefunden wird, welches durch den gegebenen Rechtssatz bereits seine Ordnung gefunden hatte.

Durch diese Mittel erreicht die Rechtswissenschaft die Vollständigkeit und Lückenlosigkeit des Rechts. Mit der Entdeckung der Elemente, welche in allen Rechtsverhältnissen wiederkehren, sind zugleich die Rechtssätze gefunden, welche allen Rechtsverhältnissen gerecht werden. Die Analogie operirt mit der Entdeckung jener Elemente, mit der Auflösung der Rechtsverhältnisse, die Consequenz mit dem praktischen Gebrauch jener Elemente, mit der Zusammensetzung der Rechtsverhältnisse. Die Fülle des Lebens empfängt nicht vom Gesetzgeber, sondern erst von der Wissenschaft ihr Gesetz.

II. Ihre praktische Aufgabe erfüllt die Rechtswissenschaft durch den materiellen Gewinn an Rechtssätzen, ihre ideale Aufgabe dagegen durch die Form der Darstellung, welche sie den Rechtssätzen giebt. In der Fülle des Stoffes wollen wir den einheitlichen Gedanken. So wollen wir in der Fülle der Rechtssätze die Alles beherrschende Idee. Dieses Bedürfniss des menschlichen Geistes nach Einheit zu befriedigen, ist die ideale Aufgabe der Jurisprudenz. Zu diesem Zweck vermeidet sie bei Darstellung der Rechtssätze die imperative Form, d. h. sie vermeidet es, die Rechtssätze einfach aufzuzählen. Sie handelt vielmehr von den Thatbeständen, an welche sich juristische Wirkungen anknüpfen, einerseits, von den Rechtswirkungen andererseits, um sowohl jene Thatbestände wie diese Wirkungen unter bestimmte Kategorien (d. h. Begriffe) zu bringen, welche sie definirt. So heisst es also z. B. in wissenschaftlicher Darstellung nicht: wenn Dir eine Sache auf

Grund eines Kaufes übergeben worden ist, so hast Du das Recht, die Sache zu behalten, jeder Dritte soll sie Dir wieder herausgeben, u. s. w. Es heisst vielmehr: 1. Das Eigenthum ist das seinem Inhalt nach unbeschränkte Recht der Herrschaft über eine Sache (Eigenthumsbegriff). 2. Das Eigenthum wird erworben durch Tradition (Definition der Tradition), oder durch Occupation (Definition) oder durch Usucapion u. s. w. An die Stelle einer Menge von Rechtssätzen tritt formell eine Menge von Begriffen: Begriffe von Befugnissen, Begriffe von Thatbeständen. Diese Begriffe treten dann scheinbar die Herrschaft über die Rechtssätze an, während sie in Wirklichkeit aus diesen Rechtssätzen gewonnen und von denselben abhängig sind. Die Wissenschaft deducirt aus dem Begriff des Eigenthums, aus dem Begriff der Tradition u. s. w. die einzelnen positiven Rechtssätze, dieselben Rechtssätze nämlich, welche sie vorher in jene Begriffe hineingethan hat. Der Form nach verschwindet durch die Vorherrschaft des Begriffs die Positivität des Rechts, die Wissenschaft verfährt, als ob sie jene Rechtssätze aus gewissen allgemeinen Principien frei hervorbrächte. Gerade dadurch wird jenes Bedürfniss des menschlichen Geistes befriedigt, jenes Verlangen, welches die Herrschaft des Stoffes perhorrescirt.

Von den gewonnenen Begriffen begehren wir zu immer höheren Begriffen aufzusteigen. Daher ergiebt sich aus dem idealen Instincte der Rechtswissenschaft das Suchen nach dem Rechtssystem, d. h. nach einer Form der Darstellung, welche die ganze Masse des Rechts als die freie Entfaltung eines einzigen Begriffes, des Begriffes des Rechts, zur Anschauung bringt. Dann wird der Stoff verschwunden sein, und der Gedanke hat als Sieger das Feld behauptet.

Erster Theil.

Die Stufen der römischen Rechtsentwickelung.

---

§ 9.

Einleitung.

Das römische Recht hat aus römischem Stadtrecht in das Weltrecht des römischen Reichs sich verwandelt. So ergeben sich zwei grosse Perioden der römischen Rechtsgeschichte: die Zeit des Stadtrechts (bis in das letzte Jahrhundert der Republik) und die Zeit des Weltrechts (die Kaiserzeit). Dort (zur Zeit des Stadtrechts) überwiegt das strenge, formale, national-römische (lateinische) Recht (jus civile), hier (zur Zeit des Weltrechts) ein billiges, formfreies, aus der Verbindung römischen und hellenischen Wesens hervorgegangenes Recht (jus gentium).

Erstes Kapitel.

Die Zeit des Stadtrechts.

§ 10.

Die zwölf Tafeln.

Das römische Stadtrecht heisst jus civile. Seine erste grössere Darstellung empfing es durch die Zwölftafelgesetzgebung (v. J. 303. 304 d. St., 451. 450 v. Chr.), mit welcher zugleich die geschichtlich beglaubigte Entwickelung des römischen Rechts anhebt, die, ununterbrochen voranschreitend, später im Corpus Juris civilis endigte.

Das altrömische Recht, wie es in den zwölf Tafeln theils erscheint, theils vorausgesetzt wird, ist förmlich und streng.

Den Privatverkehr beherrschen zwei Rechtsgeschäfte: die mancipatio und das nexum.

Die mancipatio ist der feierliche Kauf[1]). Vor fünf Zeugen

1) Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht (1876). Dazu Degenkolb in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 20 S. 481 ff.

(cives Romani puberes) wird den Kaufpreis darstellendes ungemünztes Kupfermetall (aes, raudus, rauduseulum) durch einen gelernten Wägemeister (libripens) dem Verkäufer zugewogen und von dem Käufer mit solennen Worten von der gekauften Sache als von seinem Eigenthum Besitz ergriffen.

Gajus Inst. I, § 119: Est autem mancipatio — imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio ejusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

Das Zuwägen des aes durch den libripens war vor den zwölf Tafeln die ernsthafte Zahlung des Kaufpreises, oder konnte es wenigstens sein (es gab noch kein gemünztes Geld). Die mancipatio war keine imaginaria venditio, sondern eine wirkliche venditio. Die Decemvirn aber führten das gemünzte Geld in Rom ein (Kupfergeld, das As; später, 269 v. Chr., folgte dem Kupfergeld das Silbergeld, der Denar). Der Formalismus der Mancipation blieb trotzdem unverändert. Es blieb der libripens, es blieb das Zuwägen, obgleich das Zuwägen von ungemünztem aes jetzt keine Zahlung mehr war. Das Ritual der mancipatio schloss eine blosse Scheinzahlung in sich. Die wirkliche Zahlung lag ausserhalb der Mancipation. Daher der Rechtssatz der zwölf Tafeln, dass die Rechtskraft der Mancipation von wirklicher Zahlung des Kaufpreises abhängig sei[2]. Die Mancipation blieb ein wirklicher Kauf, und zwar ein Baarkauf, ein engherziges, nur einem einzigen wirthschaftlichen Zweck dienstbares Rechtsgeschäft, mit unbeweglichen Formalitäten umkleidet. Der Mancipationskauf war die einzige gültige Form des Kaufgeschäfts, zugleich die einzige vom Civilrecht ausgebildete Form für die Veräusserung des Eigenthums durch Privatrechtsgeschäft. Nur das entgeltliche Veräusserungsgeschäft ist rechtlich gültig, und nur

2) Vgl. unten § 12 Note 1. — Die Gleichstellung der satisfactio (Bürgen- oder Pfandbestellung für die Zahlung des Kaufpreises) mit der solutio pretii ist sicher erst späteren Ursprungs.

vor fünf Zeugen und mit dem libripens, und nur die Veräusserung der gegenwärtigen Sache, und nur die Veräusserung so vieler Sachen, als der Käufer auf einmal mit der Hand ergreifen (manu capiren) kann. Soll eine grössere Zahl von Sachen mancipirt werden, so muss der ganze Ritus der Mancipation immer auf's Neue wiederholt werden. Ein noch ungelenkes, seiner Entwickelung harrendes Verkehrsrecht!

Neben der Mancipation stand das nexum, das feierliche Darlehn. Vor fünf Zeugen wägt der libripens dem Darlehnsempfänger die entsprechende Menge Barrenmetall zu, und der Darlehnsgeber erklärt gleichzeitig mit solennen Worten, dass der Andere jetzt sein Schuldner sei (dare damnus esto). Dann ist der Empfänger zur Rückgabe verpflichtet, gleich als ob durch gerichtliches Urtheil seine Schuld schon constatirt wäre. Die Einführung des gemünzten Geldes führt auch hier dazu, dass nur die Form des Darlehns in dem nexum selber vollzogen wird. Das wirkliche Darlehn liegt jetzt ausserhalb des nexum. Dennoch bleibt auch hier, wie bei der mancipatio, der materielle, nur einem bestimmten Zweck dienende Charakter des Geschäfts bewahrt. Durch das Mittel des nexum kann nicht jegliche Schuld, sondern nur eine Darlehnsschuld begründet werden[3]). Wie kein anderes Veräusserungsgeschäft als der Kauf, so ist dem alten Civilrecht kein anderer Contract bekannt als das Darlehn.

Die Mancipatio ist Baargeschäft. Sie verpflichtet den Käufer nicht zur Preiszahlung, sondern macht nur von der Preiszahlung den Uebergang des Eigenthums abhängig. Das nexum ist Creditgeschäft: seine Wirkung ist Verpflichtung des Darlehnsempfängers zur Rückzahlung. Hier folgt der Schuld die Schuldvollstreckung.

Die Schuldvollstreckung aus dem nexum geht direct gegen die Person des Schuldners, mit unerbittlicher Strenge. Der Schuldner fällt in die Knechtschaft seines Gläubigers. Der mag ihn binden und in Ketten legen. Nehmen mehrere Gläubiger denselben Schuldner in Anspruch, so mögen sie von Rechtswegen

---

3) Dies folgt aus den Rechtssätzen über die nexiliberatio, unten § 76. Auch beim nexum muss es daher, wie bei der mancipatio, ein Mittel gegeben haben, das materielle Geschäft im Ritual hervortreten zu lassen, so dass der Schuldner nicht blos durch die Form des nexum verpflichtet wurde, gerade wie der Käufer nicht blos durch die Form der mancipatio Eigenthum erwarb.

seinen Leib theilen, und ein Versehen bei der Theilung soll ihren Rechten unschädlich sein.

XII tabb. III, 1—4. Aeris confessi rebusque jure judicatis XXX dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto. In jus ducito. Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito. vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet majore vincito. Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato, si volet plus dato. 6. Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerint, se fraude esto.

Der Strenge des Privatrechts entspricht die Strenge der Familiengewalt. In seinem Hause ist der paterfamilias souverän. Er übt die Gewalt über Leben und Freiheit seiner Hausangehörigen. Nicht das Recht, sondern nur die Sitte und die Religion setzen ihm eine äussere Schranke.

§ 11.
Die interpretatio.

In den zwölf Tafeln hatte das altrömische Recht die ihm entsprechende Form der Darstellung gefunden: die Form des Volksgesetzes.

Auch in Rom war das Recht ursprünglich von gewohnheitsrechtlicher Entwickelung ausgegangen. Aber das Gewohnheitsrecht galt den Römern immer als eine mindere Art des Rechts. Die verhältnissmässige Unfassbarkeit, Formlosigkeit, Unbeweisbarkeit desselben stand mit dem römischen Formensinn in Widerspruch. Es gab gewohnheitsrechtliche Rechtssätze, welche, altererbt und durch das Rechtsleben klar ausgearbeitet, volle Rechtskraft (legis vicem) besassen. Im Allgemeinen aber hielt man dafür, dass der rechtsprechende Magistrat an das blosse Gewohnheitsrecht nicht schlechtweg gebunden, dass er berechtigt sei, dem Gewohnheitsrecht gegenüber sein Ermessen in gewissem Grade walten zu lassen. Anders aber mit der **lex**, mit dem Rechtssatz, welcher durch feierliche Consenserklärung zwischen Magistrat und Bürgerschaft vereinbart war. Die lex war für den Magistrat unverbrüchliche Autorität.

Mit den zwölf Tafeln hatte das römische Recht zu einem erheblichen Theile die Form der lex angenommen [1]). Darin lag der

1) Schon in der Königszeit waren Einzelgesetze gegeben worden; so

Erfolg und das Volksthümliche der decemviralen Gesetzgebung: das Recht war, jedenfalls so weit es hier codificirt war, der Willkür des rechtsprechenden Magistrats entrückt.

L. 2 § 1 D. de orig. juris (1, 2) (Pomponius): Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit omniaque manu a rege gubernabantur.

Tacitus, Annal. III, 27: compositae duodecim tabulae, finis aequi juris.

Nach Vollendung der zwölf Tafeln war die Kraft der nächsten drei Jahrhunderte auf die volle Entfaltung ihres Inhalts gerichtet. Auf dem Gebiete des Privatrechts griff die Volksgesetzgebung der Republik nur ausnahmsweise ein. In der Hauptsache ward die Klarstellung und zugleich die Fortbildung des Zwölftafelrechts dem Rechtsleben selbst überlassen. Auf die Epoche der Gesetzgebung folgte die Epoche der interpretatio.

Es galt, das neue Recht, welches der Verkehr forderte, als schon in den zwölf Tafeln enthalten und durch die Gesetzeskraft desselben gedeckt darzustellen. Eine formale Beseitigung des Zwölftafelrechts (als lex) durch abweichendes Gewohnheitsrecht wäre dem Römer damals undenkbar erschienen. Bis zum Ausgang der römischen Rechtsentwickelung, bis zum Corpus Juris civilis von Justinian, also ein ganzes Jahrtausend lang, als zuletzt schon längst von dem ganzen Zwölftafelrecht kein Stein mehr auf dem andern stand, galt in der Theorie noch immer die Rechtskraft der zwölf Tafeln als der Quelle des gesammten römischen Rechts. So entsprach es dem conservativen, in allen rechtlichen Dingen höchst vorsichtigen Sinne der Römer. Kein Buchstabe der zwölf Tafeln sollte geändert werden, und doch galt es, in den alten Buchstaben den neuen Geist hineinzulegen. Es handelte sich nach Vollendung der Zwölftafelgesetzgebung um eine „interpretatio", welche das Recht fortentwickelte, ja änderte, indem sie den Buchstaben des Gesetzes unberührt liess.

Die Träger dieser interpretatio, welche die letzten Jahrhunderte der Republik ausfüllte, zugleich damit die Träger dieser

werden z. B. dem Servius Tullius Gesetze über Contracte und Delicte zugeschrieben. Die gewöhnlich sog. leges regiae aber, welche in dem sog. jus civile Papirianum (ungewissen Ursprungs) eine Zusammenstellung erfuhren, enthielten lediglich Sätze sacraler (religiös-sittlicher) Natur, vgl. Bruns, Fontes p. 1 ff.

ersten Entfaltung des jus civile, waren die pontifices. Mit ihren sonstigen wissenschaftlichen Kenntnissen hing ihr Amt zusammen, dem richtenden Magistrat bei seiner Rechtsprechung, der vertragschliessenden oder processführenden Partei bei ihren Handlungen mit juristischem Beirath zur Seite zu stehen (vgl. unten § 15). So gelangten sie in die Herrschaft über die „Auslegung" des geltenden Rechts, zugleich über die Fortbildung des Civilrechts.

Auf dem Wege solcher interpretatio entstand jetzt die in jure cessio, d. h. eine neue Form der Eigenthumsübertragung durch Scheinprocess vor dem Magistrat. Nach Zwölftafelrecht bedurfte es über den, welcher sofort vor dem Magistrat („in jure") ein Bekenntniss des gegnerischen Rechts ablegte, keines Urtheils mehr: er war bereits verurtheilt (confessus pro judicato est) [2]). Das Geständniss vor dem Magistrat hatte die Kraft des Urtheils, so dass daher im Falle einer Eigenthumsklage der Magistrat sofort zur addictio, zum Zuspruch der Sache an den Kläger schreiten konnte. Hatte Jemand also vor dem Magistrat zugestanden, dass sein Processgegner Eigenthümer sei, so ging er seines Eigenthums, falls er es bis dahin hatte, verlustig. Was folgte daraus? Sollte das Eigenthum an einer Sache aus irgend einem Rechtsgrunde veräussert werden, so war das Mittel gegeben, dass beide Theile vor den Magistrat gingen: der Erwerber behauptete Eigenthum, der Veräusserer gestand es ihm zu, worauf dann der Zuspruch des Magistrats (addictio) zu Gunsten des Erwerbers erfolgte. Damit hatte der Veräusserer sein Eigenthum verloren, der Erwerber es erworben. Aus einem processualischen Rechtssatz (confessus pro judicato est) war ein neues Privatrechtsgeschäft entwickelt worden, dessen Geltung auf die zwölf Tafeln gestützt werden konnte: das Rechtsgeschäft der Eigenthumsübertragung durch Scheinvindication (in jure cessio). Mit demselben Mittel konnte auch

2) Dass der Satz: confessus pro judicato est (l. 1 D. 42, 2) in irgend welcher Form in den zwölf Tafeln vorkam, wird durch die Aeusserung Ulpians (Vat. fr. 50) wahrscheinlich: et mancipationem et in jure cessionem lex XII tab. confirmat. — Den Ausgangspunkt bildete vielleicht nicht der Schein-Eigenthumsprocess, sondern der Schein-Statusprocess (z. B. zum Zweck der Freilassung). Das Urtheil im Statusprocess hatte aber Rechtskraft auch gegen Dritte (ein Satz, der vielleicht ursprünglich überhaupt vom Urtheil im Vindicationsprocess galt). Daher die Rechtskraft der in jure cessio auch Dritten gegenüber. Anders Demelius, die confessio im röm. Civilprozess (1880)

z. B. die Begründung der väterlichen Gewalt (Scheinvindication in patriam potestatem), die Freilassung eines Sklaven (Scheinvindication in libertatem) bewirkt werden. Eine ganze Menge von neuen Rechtsgeschäften trat durch das Mittel der in jure cessio in das römische Rechtsleben ein.

In ähnlicher Weise ward mit Hülfe eines Strafrechtssatzes der zwölf Tafeln ein anderes Rechtsgeschäft ausgebildet, die Emancipation des Haussohnes. Es hiess in den zwölf Tafeln, dass der Vater, welcher seinen Sohn drei Mal in die Knechtschaft verkauft habe, zur Strafe seine väterliche Gewalt verlieren solle,

XII tabb. IV, 2: Si pater filium ter venumduuit, filius a patre liber esto.

Diesen Rechtssatz machte man sich zu nutze. Scheines halber verkaufte der Vater drei Mal seinen Sohn einem Andern in die Knechtschaft, der ihn dann jedes Mal wieder freiliess (durch das Mittel der in jure cessio). Damit hatte man die Emancipation, die Entlassung des Haussohnes aus der väterlichen Gewalt, erreicht, denn die Voraussetzung des Zwölftafelgesetzes war erfüllt: der Sohn war vom Vater dreimal in die Knechtschaft verkauft worden; so war der Sohn jetzt frei von der väterlichen Gewalt.

Am wichtigsten aber war die Umgestaltung, welche die mancipatio durch die jetzt beginnende Entwickelung erfuhr.

Es hiess in den zwölf Tafeln:

XII tab. VI, 1: Cum nexum faciet mancipiumque [3]), uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

Das gesprochene solenne Wort bestimmte die Wirkung des formalen Rechtsactes. Mit Hülfe dieser Rechtssatzes ward die Natur der mancipatio verändert. Nach den zwölf Tafeln sollte die mancipatio ein wirkliches Kaufgeschäft sein. Der in der Mancipation benannte Kaufpreis musste reell ausgezahlt werden, wenn die Mancipation gültig sein sollte. Es stand aber bei den Parteien, in der Mancipationshandlung nicht den wirklichen Kaufpreis, sondern einen blossen Scheinpreis zu benennen, dessen Zahlung dann genügte, um die Veräusserungswirkung der Mancipation her-

S. 98 ff. Nicht in der confessio des Veräusserers, sondern in der solennen vindicatio des Erwerbers findet das „rechtskräftige Urtheil“ Aug. Schultze Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung (1883) S. 459 ff. 477 ff.

3) Mancipium heisst hier die mancipatio.

beizuführen. Das ist späterhin geschehen. Es ging daraus die mancipatio sestertio nummo uno hervor. In der Mancipation ward erklärt, dass die Sache für „einen Sesterz" verkauft werde. War der Sesterz gezahlt [4]), so ging laut den zwölf Tafeln das Eigenthum an der Sache auf den Erwerber über. Als mancipatio sestertio nummo uno war die Mancipation zu einem Scheinkauf (imaginaria venditio) geworden.

Die Mancipation war damit das Mittel für die Eigenthumsübertragung als solche geworden, gleichgut aus welchem Rechtsgrunde sie erfolgte. Jetzt konnte durch mancipatio auch geschenkt werden. Jetzt ward, was noch wichtiger war, die mancipatio fiduciae causa möglich, die sog. fiducia, d. h. die clausulirte Mancipation, welche den verschiedensten wirthschaftlichen Zwecken zu dienen im Stande war. An Stelle der engherzigen, gebundenen war eine innerlich befreite, in ihren Zwecken ungebundene Mancipation getreten.

Fiducia ist die Klausel, durch welche der Mancipationserwerber unter gewissen Umständen zur Rückmancipation der Sache sich verpflichtet.

Es sollte also z. B. dem Gläubiger ein Pfand gegeben werden. Ein Verpfändungsgeschäft (Hypothek) in unserem Sinne kannte das altrömische Civilrecht nicht. Aber die Mancipation neueren Styls konnte zu diesem Zwecke gebraucht werden. Der Schuldner mancipirte dem Gläubiger eine Sache „um einen Sesterz", übertrug sie ihm also zu Eigenthum durch blossen Scheinkauf, aber mit der Clausel (fiducia), dass nach geschehener Bezahlung der Schuld die Sache vom Gläubiger zurück zu geben (zurück zu mancipiren) sei. Dann hatte der Gläubiger seine Sicherheit; er hatte inzwischen das Eigenthum an der Pfandsache. Der Schuldner aber hatte, sobald die Schuld von ihm getilgt war, sein Rückforderungsrecht (aus der Clausel, fiducia). Auch diese Clausel, welche der Mancipation beigefügt war, fand den Schutz des Zwölftafelrechts-

4) Es genügte also nicht, dass das aes (raudusculum), welches zum Ritual der mancipatio gehörte, gegeben wurde. Es musste ausserdem der Bestimmung der zwölf Tafeln von der Nothwendigkeit der Kaufpreiszahlung durch Leistung des nummus unus entsprochen werden. Dem Wortlaut der zwölf Tafeln war genügt, dem Willen derselben zweifellos nicht. Aber das war gerade die Art dieser interpretatio: gestützt auf die Buchstabeninterpretation ein neues Recht zu schaffen.

satzes: Uti lingua nuncupassit, ita jus esto. Auf Grund der zwölf Tafeln konnte aus der fiducia gegen den Mancipationsempfänger auf Rückmancipation geklagt werden. Die mancipatio ward in dieser Form als fiducia das Mittel, Contracte verschiedenster Art abzuschliessen: ein Commodat (Gebrauchsleihe), Depositum (Hingabe zur Aufbewahrung), Verpfändung (der soeben näher besprochene Fall), Tauschvertrag konnte durch das Mittel der fiducia (wenn der Commodant also den Commodatar zum Eigenthümer machte u. s. f.) civilrechtlich gültig contrahirt werden. Immer entstand in Anwendung des Zwölftafelrechts die actio fiduciae, die Klage auf Rückmancipation der hinmancipirten Sache (wenn die Voraussetzungen der Rückmancipation, z. B. Beendigung des eingeräumten Gebrauchs, eingetreten waren). Es war nun aber schwierig, die Clausel bei der fiducia im Voraus so zu formuliren, dass sie in Bezug auf Inhalt und Voraussetzungen genau der beabsichtigten Verbindlichkeit des Mancipationsempfängers entsprach. Die Klage aus der fiducia (actio fiduciae) gegen den Mancipationsempfänger, welcher die Pfandsache, die commodirte, deponirte Sache u. s. w. zurückgeben sollte, ward daher als eine sog. actio bonae fidei behandelt, d. h. als eine Klage, bei welcher über Inhalt und Voraussetzungen der Verbindlichkeit in ziemlich weiten Grenzen freies richterliches Ermessen zu entscheiden hatte.

Aus der Mancipation, dem alten solennen strengen Kaufgeschäft (Baargeschäft), war mit Hülfe der Interpretation des Zwölftafelrechts ein Doppeltes hervorgegangen:

1) ein solennes Mittel der Eigenthumsübertragung zu irgend welchem Zweck;

2) eine ganze Reihe von Creditgeschäften, nämlich von negotia bonae fidei (die Fälle der fiducia), welche re, d. h. durch Leistung, durch Mancipation nämlich (sestertio nummo uno), abgeschlossen wurden.

Mit dem nexum hat eine ähnliche Fortentwickelung nicht stattgefunden. Es ist ein Darlehnsgeschäft geblieben, und machte in dieser Eigenschaft später dem formlosen Darlehn, dem mutuum, Platz (vgl. § 12), welches nur noch durch seine Eigenschaft als negotium stricti juris (unten § 63. 66) an die einstige strenge Natur des solennen Darlehnsgeschäfts erinnerte. Die Rolle, ein streng einseitiges Schuldverhältniss aus irgend welchem Rechtsgrunde

durch formales Versprechen des Schuldners zu begründen, fiel der stipulatio (unten § 67) zu, welche vielleicht ursprünglich an die Fiction eines Darlehns, insofern also gleichfalls an das nexum anknüpfte.

Wie mit der mancipatio fiduciae causa die Grundlage für die späteren negotia bonae fidei, so war mit dem nexum Grundlage und Vorbild für die negotia stricti juris (die streng einseitig obligirenden, das Ermessen des Richters ausschliessenden) Rechtsgeschäfte gegeben.

§ 12.

Die Anfänge des jus gentium.

Selbstverständlich gab es in Rom von jeher neben den feierlichen, mit der Rechtskraft des jus civile ausgestatteten Rechtsgeschäften, auch zahllose Verkehrsgeschäfte, welche ohne jegliche Form abgewickelt wurden. Es verstand sich von selbst, dass unzählige Käufe einfach durch Hin- und Hergeben von Waare und Preis, auch gewiss häufig Darlehen durch einfache Hingabe der Geldsumme geschlossen wurden u. s. w. Es gab einen formlosen Kauf, eine formlose Tradition (Uebergabe der Waare zum Zweck des Eigenthumsübergangs), ein formloses Darlehn und dergleichen mehr. Aber alle diese formlosen Vorgänge entbehrten nach altrömischem Recht der Rechtskraft. Es war ein Geschäft, aber kein Rechtsgeschäft, welches durch formlosen Kauf zu Stande kam. Hatte der Verkäufer eine fremde Sache verkauft und tradirt, welche dem Käufer dann von ihrem wahren Eigenthümer abgenommen wurde, so stand dem Käufer keine Klage gegen seinen Verkäufer zu. Das ganze Verhältniss war rein thatsächlicher Natur, etwa wie noch heute der Handelsverkehr mit wilden Völkern: da wird getauscht und verkauft, aber Rechtsverhältnisse, klagbare Befugnisse kommen nicht zu Stande.

Es lag jedoch ein Moment vor, welches den formlosen Geschäften zu rechtlicher Gültigkeit verhelfen musste. Dies Moment war der Verkehr der Ausländer, sofern er sich in Rom bewegte. Der Fremde, der Nichtbürger, war von der Vornahme der solennen Rechtsgeschäfte des altrömischen Rechts geradezu ausgeschlossen. Die mancipatio und ebenso das nexum waren

ungültig, wenn einer der Betheiligten, sei es auch nur einer der Zeugen, nicht römischer Bürger war. Hätte der fremde Kaufmann also auch in Rom die Formen der mancipatio beobachten wollen, es hätte ihm nichts genützt, denn die mancipatio wäre trotzdem nichtig gewesen. Der Verkehr der Fremden in Rom, auch also der Verkehr der Fremden mit römischen Bürgern war zu allen Zeiten auf jene formlosen Rechtsgeschäfte angewiesen. Es gab keine anderen Rechtsgeschäfte für sie. Und wäre es möglich gewesen, diesen Rechtsgeschäften der fremden Handelsleute auf die Dauer die Rechtsgültigkeit zu versagen? Es war nöthig, nicht blos (was sich von selbst verstand), dass diese formlosen Geschäfte gültig waren, wenn Fremde untereinander paciscirt hatten, sondern, dass sie auch gültig waren, wenn der Fremde mit einem römischen Bürger ein solches Geschäft einging. Ja, da auch unter den römischen Bürgern selbst tagtäglich Geschäfte dieser Art ohne Form eingegangen wurden, so ergab sich von selbst, dass die Entwickelung zur rechtlichen Anerkennung derselben sowohl für Bürger wie für Nichtbürger drängte.

Schon zur Zeit der zwölf Tafeln war der erste Schritt in dieser Richtung vollbracht worden. Die zwölf Tafeln erklärten auch die formlose Tradition für einen rechtsgültigen Eigenthumserwerbsgrund (an res nec mancipi), sofern sie auf Grund eines Kaufgeschäftes erfolgte, und soferne der Kaufpreis vom Käufer wirklich gezahlt war. Der Rechtssatz der zwölf Tafeln von der Nothwendigkeit der Preiszahlung für den Eigenthumserwerb des Käufers (der Preiszahlung ward dann die Creditirung des Preises gleichgestellt) ist bis auf Justinian nicht blos auf die Mancipation, sondern gerade an erster Stelle auf den Erwerb durch Tradition bezogen worden[1]). Die Eigenthum übertragende Kraft der Kauftradition ist dann auf die Tradition schlechtweg übertragen worden. Die Rechtsnothwendigkeit der feierlichen Mancipation beschränkte sich auf bestimmte Klassen von Sachen, die sog. res mancipi (unten § 49), für welche wahrscheinlich von Alters her der Gebrauch der Mancipation thatsächlich vorwiegend in Uebung war. Es

---

1) Vgl. § 41 I. de rer. div. (2, 1): Venditae et traditae (res) non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato; quod cavetur lege XII tabularum.

waren die Sachen, welche den eigentlichen Grundstock des bäuerlichen Vermögens bildeten: das Grundstück (fundus Italicus) mit seinem lebendigen Inventar (Sklaven und Zug- und Lastthiere). Für alle übrigen Sachen (Geld, Kleidungsstücke, Geräthschaften u. s. w., die sog. res nec mancipi, nicht zum dauernden Besitz, sondern zum Verkehr bestimmt) genügte es zum Eigenthumserwerb, wenn sie einfach übergeben (tradirt) wurden.

Wie die formlose Tradition, so hat in der ferneren Entwickelung der formlose Kauf, das formlose Darlehen u. s. w. Rechtsgültigkeit empfangen.

Der Weltverkehr trat mit seinen Anforderungen den altväterischen Formen des römischen jus civile gegenüber. Schon hatte er gegen das Ende der Republik in der Anerkennung einer Reihe von formlosen Rechtsgeschäften einen ersten Erfolg davongetragen, einen Erfolg, welcher bereits die ganze Folgezeit in sich schloss. Mit dem Ausgang der republikanischen Epoche beginnt die Umwandlung des römischen Stadtrechts in das Weltrecht der Zukunft.

Zweites Kapitel.

Die Zeit des Weltrechts.

(Die Kaiserzeit.)

§ 13.

Jus civile und jus gentium.

Jus civile ist Stadtrecht. An seine Stelle sollte das jus gentium (Weltrecht) treten.

Schon hatte das römische Stadtrecht eine Reihe von Rechtsgeschäften aufgenommen, deren gemeinsamer Charakterzug die Formlosigkeit, die leichte Handhabung, die freie Beweglichkeit war (§ 12).

Die Römer selber machten die Wahrnehmung, dass ihr Recht bereits ein doppeltes Element enthielt: das eine durch die Form wirkende, welches ihrem alten jus civile entstammte, das andere formfreie, welches durch die Berührung des römischen Verkehrs mit dem Weltverkehr zur Rechtskraft erstarkt war, jenes nur für

den Verkehr der römischen Bürger unter einander, dieses auch für die Fremden (peregrini) gültig und bestimmt. Das Recht der ersten Art, das eigenthümlich römische Recht, hiess ihnen jetzt jus civile im engeren, besonderen Sinne (jus proprium civium Romanorum), das andere aber erschien ihnen als ein gemeines Menschenrecht, durch die Natur der Dinge und gemeinmenschliches Billigkeitsgefühl allen Völkern gemeinsam (jus gentium, quod apud omnes gentes peraeque custoditur), gewissermassen ein kraft seiner Selbstverständlichkeit überall geltendes Naturrecht. Nicht als ob man die Geltung eines von den Philosophen erdachten Naturrechts hätte einführen wollen, vielmehr war und blieb auch das jus gentium ein Theil des positiven, durch die Verkehrsgewohnheiten und andere Rechtsquellen (insbesondere das prätorische Edict, § 14) concret gestalteten römischen Rechts. Auch nicht, als ob man einfach fertiges fremdes Recht (hellenisches Recht) aufgenommen hätte; das geschah nur ganz ausnahmsweise, und auch hier unter Wahrung der römischen Selbständigkeit (z. B. bei der Hypothek). Nein, es war lediglich das erwachende Bewusstsein, dass durch Aufnahme des freieren Elements das römische Recht beginne, seine nationalen Besonderheiten abzulegen und aus localem Sonderrecht und Stadtrecht in ein gemeines Weltrecht sich zu verwandeln, welches in der Entgegensetzung von jus civile und jus gentium zum Ausdruck gelangte. Jus gentium war der Theil des römischen Privatrechts, welcher mit dem Privatrecht anderer Völker (insbesondere dem griechischen Recht, das an den Gestaden des Mittelmeeres eine natürliche Vorherrschaft ausübte) übereinstimmte. Mit anderen Worten: jus gentium war derjenige Theil des römischen Rechts, welcher schon den Römern als ratio scripta, als gemeingültiges und gemeinmenschliches Recht erschien.

Die Unterscheidung des römischen Rechts in jus civile und jus gentium war nicht von blos theoretischem, sondern von eminent praktischem Werthe. Der Verkehr der Fremden, der Griechen, Phönicier, Juden, stand in Rom unter römischem Recht, aber unter römischem jus gentium; nach römischem Sonderrecht (jus civile in seinem neuen, engeren Sinne) konnte nur der römische Bürger mit dem römischen Bürger verkehren. Das jus gentium war also zugleich das römische Fremdenrecht (das Verkehrsrecht

der Peregrinen), wie es ja auch unter dem Einfluss des Fremdenverkehrs seine Gestalt gewonnen hatte.

Bei jedem Volk tritt ein Moment ein, in welchem die Anforderungen natürlichen Billigkeitsgefühls gegen die überlieferten Formen einer strengeren Urzeit reagiren. Bei den Römern war dieser Moment jetzt herangekommen. Das jus gentium war das jus aequum, welches im Gegensatz zu dem altüberlieferten jus strictum sich immer bedeutender entfaltete. Die Geschichte des römischen Rechts ging darauf hinaus, dies neu aufkommende jus aequum an die Stelle des jus strictum zu setzen, das alte jus civile zu vernichten durch jus gentium. Aber der römische Rechtsinstinct liess diese Entwickelung nicht mit einem Schlage vor sich gehen. Nicht wie ein Hagelwetter kam das jus gentium über das jus civile. Es war vielmehr die stetige, unausgesetzte Arbeit von mehr als einem halben Jahrtausend, welche ganz allmälig das Billigkeitsrecht neben dem älteren strengeren Recht zur Ausbildung brachte, und dann erst, als die Formen des jus civile altersgrau, leer, von selber lebensunfähig geworden waren, dasselbe völlig beseitigte. Langsam, mit Vorsicht, gewissermassen Stück für Stück, ward ein Theil des freieren, billigen Rechts nach dem anderen entfaltet, probirt und dem römischen Rechtsorganismus einverleibt. Eine ungeheure Detailarbeit reformirte das römische Recht. Und allein durch diese Sorgfalt, welche nicht auf stolzen Rossen allgemeiner unklarer Billigkeitsprincipien einherzog, sondern mit dem ererbten römischen Sinn für Mass, Form und Gesetzlichkeit das Billigkeitsrecht auf klare, ins Feinste durchgearbeitete, in allem Einzelnen erwogene Grundsätze brachte, konnte das römische Recht trotz der weiten, freien Entfaltung seines Inhalts doch die künstlerische, den Stoff bändigende und in feste architektonische Form zwingende Gestaltungskraft bewahren, welche aus dem römischen Recht, insbesondere dem römischen Privatrecht, ein nie wieder erreichtes Vorbild für alle Zeiten gemacht hat.

In der Ausarbeitung des jus gentium, des natürlich-billigen Verkehrsrechts zu einem krystallklaren, wunderbar durchsichtigen, durch Form und Inhalt den beschauenden Geist bezwingenden System hat die weltgeschichtliche Mission des römischen Rechts bestanden. Durch diese Leistung, welche es für alle Zeiten vollbracht hat, ward es fähig, nicht blos ein Weltrecht des römischen

Reichs zu sein, sondern, sobald es aus der Vergessenheit der Jahrhunderte wieder auftauchte, auch die Welt der Gegenwart zu erobern.

Drei Factoren sind es gewesen, welche nach und neben einander an dieser selben einen Aufgabe, der Ausarbeitung und Einführung des jus gentium, entscheidend thätig gewesen sind: das prätorische Edict, die römische Rechtswissenschaft und die kaiserliche Gesetzgebung.

Cicero de offic. III, 17: societas enim est, latissime quae pateat, hominum inter homines, interior eorum, qui ejusdem gentis sunt, propior eorum, qui ejusdem civitatis. Itaque majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet [1]).

Cic. de off. III, 5: illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus. Neque vero hoc solum natura, id est jure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri.

Gaj. Inst. I § 1: Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur.

---

1) Der letzte Satz drückt keine Anforderung an das jus civile (etwa dass es sich dem jus gentium accommodiren müsse), sondern vielmehr die Thatsache aus, dass jus gentium nur das sein kann, was wirklich überall in den einzelnen positiven Stadtrechten (vor Allem im römischen Stadtrecht, jus civile in diesem Sinne) gilt. Das jus civile ist nicht nothwendig jus gentium (gilt nicht nothwendig überall), aber das jus gentium ist nothwendig jus civile: das überall geltende Recht muss nothwendig auch bei uns gelten, weil es sonst kein überall geltendes Recht (jus gentium) wäre. Jus civile ist hier im Sinne von Stadtrecht, also für römisches Recht schlechtweg genommen, nicht in dem engeren Sinn des eigenthümlich römischen Rechts. Was bei den Römern nicht gilt, das kann selbstverständlich nicht als apud omnes gentes geltend angesehen werden. Das jus gentium bewegt sich in den Schranken des jus civile (im weiteren Sinn), ist nicht der Gegensatz, sondern ein **Theil** des römischen Rechts.

§ 14.
Das prätorische Edict.

Im Jahre 367 v. Chr. ward die Gerichtsbarkeit von der consularischen Gewalt abgezweigt, und ein besonderer Stadtrichter (praetor urbanus) eingesetzt. Später (um das Jahr 242 v. Chr.) ward es in Folge des anwachsenden Verkehrs nöthig, noch einen zweiten Prätor, den praetor peregrinus, einzusetzen, dem alle Processe zwischen römischen Bürgern und Nichtbürgern (Peregrinen) oder der Nichtbürger untereinander zugewiesen wurden. Der praetor urbanus blieb nur für die Processe der römischen Bürger untereinander competent.

Der Prätor besass, ebenso wie vor ihm der Consul, für die Dauer seines Amtsjahres die alte königliche Gerichtsgewalt [1]), d. h. eine Gerichtsgewalt mit souveränem richterlichen Ermessen, formell nur gebunden durch den Buchstaben der leges, der Volksgesetze und durch die kraft uralten Herkommens mit Gesetzeskraft ausgestattete Gewohnheit (oben S. 22). Damit hängt das jus edicendi zusammen, welches dem Prätor gleich allen höheren Magistraten (magistratus majores), d. h. gleich allen Magistraten mit imperium (mit königlicher Amtsgewalt), zuständig war.

Edicte sind öffentlich bekannt gemachte Verfügungen der magistratus majores. Prätorische Edicte sind öffentlich bekannt gemachte Verfügungen des Prätors. Sie beziehen sich auf die Grundsätze, welche der Prätor bei Handhabung seiner Jurisdiction, also bei Handhabung seines freien richterlichen Ermessens zu befolgen beabsichtigt. Der Prätor wird schwerlich von vorneherein mit Verkündigung solcher Edicte begonnen haben. Denn es verstand sich von selbst, dass er zunächst einfach die Ausführung des bestehenden Rechts als seine Aufgabe betrachtete, und dass erst allmälig sich feste und zugleich besondere Grundsätze prätorischer Rechtsprechung herausarbeiteten, welche dann einer Reaction der prätorischen Gewalt gegen die Grundsätze des Civilrechts den Weg bahnten, dass also erst allmälig ein Anlass zu öffentlich be-

1) Der Name praetor bedeutet wörtlich den Feldherrn, und ist in den ersten Jahrhunderten der Republik der Ehrentitel der Consuln, Mommsen, Röm. Staatsrecht II (2. Aufl. 1877) S. 71 ff.

kannt zu machenden Verfügungen des Prätors über die Gewährung der Rechtshülfe gegeben war. Nur dass schon früh, wie es scheint, beim Tribunal des Prätors ein Verzeichniss der Formeln des Processes (Klageformeln u. s. w.) aufgestellt ward zur Instruction für die Parteien. Neben dieser Formeltafel kam dann eine zweite Tafel auf, welche die Verordnungen des Prätors auf dem Gebiet des Rechtslebens (die Edicte) aufnahm, eine Art neuer Gesetzestafel neben den unferne auf dem forum Romanum zu erblickenden zwölf Kupfertafeln, in welche das altrömische Civilrecht eingegraben war. Die prätorischen Tafeln, nur für die Dauer eines Jahres bestimmt, waren einfach von Holz, mit weisser Farbe angestrichen (daher das Ganze album genannt). Aber diese Holztafeln sollten jene ehernen Tafeln aus dem Felde schlagen. Sie waren die Träger des Rechts, durch welches das alte Recht der zwölf Tafeln reformirt, dann zu Grabe getragen wurde. Das Ganze hiess wegen seiner äusseren Form das Album, oder auch das Edict des Prätors, indem man also auch die vom Prätor aufgestellten Formeln (deren Publication kein Edict im Rechtssinne war) mit den eigentlichen Edicten unter dem Gesammtnamen „das Edict" mit begriff. Von seinem wichtigsten Bestandtheil (den Edicten) empfing das Ganze seinen Namen, welches nun in zwei Theile zerfiel, einen Formeltheil und einen andern Theil, welcher die eigentlichen Edicte enthielt [2]). Erst später (vielleicht erst unter Hadrian bei der definitiven Gestaltung des Edicts) wurden beide Theile sachlich ineinander gearbeitet [3]).

Von Alters her wird jeder neue Prätor beim Amtsantritt für Revision und Neuaufstellung der Formeltafel (deren Material schon bedingte, dass sie höchstens für die Dauer eines Amtsjahres ausreichte) zu sorgen gehabt haben. Was für die Formeltafel Herkommen war, das war für die Edictstafel von vornherein Nothwendigkeit. Die Edicte verloren ihre Gültigkeit mit der Amtsdauer des edicirenden Magistrats. Der neue Prätor hatte also beim

2) Dass die Formeln und ebenso die Edicte nicht nothwendig auf je einer Tafel untergebracht zu werden brauchten, dass die Gesammtzahl der Tafeln also mehr als zwei betragen haben kann, versteht sich von selbst.

3) Vgl. M. Wlassak, Edict und Klageform, 1882, S. 22 ff. Ueber das System des Hadrianischen Edicts vgl. jetzt O. Lenel, das Edictum perpetuum, 1883, S. 12 ff.

Amtsantritt das Edict (als Ganzes) neu aufzustellen, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset (l. 2 § 10 D. de O. J. 1, 2).

Dies Edict des Prätors beim Amtsantritt heisst edictum perpetuum. Es soll für die ganze Dauer seines Amtsjahres gelten. Den Gegensatz bildet das edictum repentinum, die ausserordentliche Verfügung im Laufe des Amtsjahres für die unvorhergesehenen Verhältnisse (prout res incidit). Das Edict (wir werden im Folgenden das edictum perpetuum unter dem „Edict" schlechtweg verstehen) ist kein Gesetz, überhaupt ursprünglich keine Rechtsquelle. Sogar der edicirende Magistrat selber konnte von seinem Edict willkürlich abgehen[4]), bis eine Lex Cornelia (67 v. Chr.) ihn verpflichtete, sich an sein edictum perpetuum zu halten. Aber auch dann erlosch die Geltung des Edicts mit dem Amtsjahr des Edicirenden. Der Nachfolger war an das Edict des Vorgängers nicht gebunden. Er konnte es wiederholen oder auch ändern wie er wollte. In der Natur der Dinge aber lag es, dass ein grosser Theil des Edicts bald traditionell stehend wiederholt wurde (edictum tralaticium), und dass der Nachfolger sich auf Zusätze (nova edicta, novae clausulae) beschränkte[5]). So entwickelte sich eine constante prätorische Gerichtspraxis, welche neben dem geltenden

4) Doch konnte der College in solchem Fall intercediren. Cic. in Verrem act. II. lib. I, 46 § 119: Tum vero in magistratu contra illud edictum suum sine ulla religione decernebat. Itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset. Vgl. ferner § 120: alias revocabat eos, inter quos jam decreverat, decretumque mutabat, alias inter alios contrarium sine ulla religione decernebat, ac proximis paullo ante decreverat. Wenn ein solches Vergehen auch als ungehörig (sine ulla religione) empfunden wurde, so äusserte sich doch darin die formell freie (soweit nicht bestimmte leges vorlagen), königliche Gerichtsgewalt des Magistrats.

5) Schon zu Cicero's Zeit war der grösste Theil des prätorischen Edicts tralaticischer Natur, so dass Cicero das prätorische Recht (welches ja auf keiner lex beruhte) als eine Art des Gewohnheitsrechts bezeichnet, Cic. de invent. II, 22 § 67: consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit; in ea autem jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem; quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Vgl. ferner Cic. Verr. II. lib. I, 44 § 114: et hoc vetus edictum translatitiumque esse. 45 § 115: in re vetere edictum novum. Mommsen, Röm. Staatsr. I (2. Aufl.) S. 198 Note 3.

Gesetzes- und Gewohnheitsrecht zu einem thatsächlich erheblichen Factor des Rechtslebens wurde.

Der praetor peregrinus hatte unter Bürgern und Nichtbürgern und über Nichtbürger untereinander zu richten, d. h. er richtete nach jus gentium. Das Edict des praetor peregrinus ward daher die erste Form, in welcher das jus gentium schriftliche, greifbare, feste Gestalt gewann. Es ward zugleich damit in den Stand gesetzt, eine energischere Wirkung auf das Rechtsleben überhaupt auszuüben. Der praetor urbanus dagegen richtete nur über Streitsachen römischer Bürger untereinander. Sein Edict betraf das gesammte römische Recht, also mit dem jus gentium, das ja auch für römische Bürger galt, auch das jus civile im engeren Sinne. Hier ward die Form ersichtlich, in welcher das jus civile im Gericht des Prätors wirklich praktisch lebendige Gestalt gewann.

Gesetze konnte der Prätor nicht geben, aber Klagen konnte er geben und verweigern. Die Klage alten Styls (legis actio) war in unbewegliche, von der Praxis in Anschluss an die Gesetzesworte ausgebildete Formeln eingezwängt. Hier war nur Gestattung der Klage (legis actio) oder Versagung derselben von Seiten des Magistrats möglich. Darum war es von grosser Bedeutung, dass die Lex Aebutia (etwa um die Mitte des 2. Jahrhunderts v. Chr.) den Formularprocess einführte, d. h. ein Verfahren, in welchem die Klagstellung zu einer schriftlichen Anweisung (formula) seitens des Magistrats an den judex führte, um den Letzteren über den Gegenstand des Streits und zugleich über die Grundsätze, nach denen er zu entscheiden habe zu instruiren (unten § 36). Der erkennende judex (d. h. der Privatmann, welchem der Prätor die Untersuchung und Entscheidung des Rechtsstreites herkömmlicher Weise übertrug) war jetzt weit mehr als früher von den Verfügungen des Magistrats abhängig: ihm konnte aufgegeben werden, eine Klage, welche nach Civilrecht zuständig war, unter gewissen Umständen dennoch abzuweisen, oder auch eine Klage zuzulassen, welche dem Civilrecht überhaupt unbekannt war. Auch der Partei gegenüber stand der Prätor jetzt weit freier als zuvor: er konnte die Klage nicht blos abweisen, sondern auch gestatten, aber unter Clauseln gestatten, welche für bestimmte Fälle der Abweisung gleichkamen. Der ganze Process war unter die Alleinherrschaft des Prätors gebracht worden.

Daher der mächtige Aufschwung, welchen das prätorische Recht in Kurzem nahm. Schon zur Zeit Ciceros war das prätorische Edict der Führer der römischen Rechtsentwickelung geworden [6]). Der wesentliche Inhalt der prätorischen Reform aber bestand in der Ausbildung jenes Billigkeitsrechts (des jus gentium), welches mehr und mehr die Rücksichtslosigkeit des alten jus civile beseitigte. Das prätorische Edict war das beste Mittel, um diese ebenso wichtige wie schwierige Reform zu bewerkstelligen. Immer nur für ein Jahr gültig, gewährte es das Mittel, versuchsweise mit neuen Grundsätzen vorzugehen, welche man sofort wieder fallen lassen konnte, wenn sie sich nicht bewährten. Im Allgemeinen war die Neigung der Prätoren nicht, sofort mit allgemeinen Principien durchzugreifen. Man beschränkte sich vielmehr zunächst darauf, einen ganz bestimmten Fall zu reguliren, dessen Bedingungen man deutlich übersah. Dann konnte der Nachfolger dem Edict des Vorgängers noch eine weitere Clausel beifügen, der Dritte noch einen Schritt weiter vorgehen u. s. f. Man strich nicht gerne, was im Edict gestanden hatte, gerade weil man abstracte Generalisirungen scheute. Man fügte lieber einen zweiten concreten Fall dem ersten hinzu, zugleich weil man so des genauen Wortausdrucks sicher war, denn das Wort war es, wonach man wie das Gesetz, so das prätorische Edict interpretirte. So entstand in dem Edict eine Art Gesetzbuch des Privatrechts in der Gestalt von Bestimmungen über Gewährung von Klagen, Einreden u. s. w., nicht gerade angenehm zu lesen und nicht gerade in Cicero's Styl, aber ein Gesetzbuch, welches in seiner altväterischen Sprache und seinen ungelenken Wendungen die Erfahrungen, die Weisheit, die Vorsicht der Voráltern von Generation zu Generation überlieferte. Es war ein Gesetzbuch, welches zugleich conservativ und leicht veränderlich war, welches darum zugleich in den Erfahrungen der Vergangenheit und in der lebendigen Bewegung der Gegenwart wurzelte.

Das prätorische Recht, wie es durch das Edict sich gestaltete, war kein Recht im eigentlichen Sinn, aber doch kraft der Macht,

---

6) Cic. de legib. I, 5 § 17: Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas.

welche es über die Gewährung der Rechtshülfe besass, thatsächlich dem Recht gleich. Schon zu Cicero's Zeit ward es als eine Art Gesetz empfunden[7]). Als jus honorarium (Amtsrecht) trat das prätorische Recht dem eigentlichen Recht, dem jus civile (Volksrecht, dem Recht von Rechtswegen), wie es durch Volksgesetze und Volksgewohnheit ausgebildet war, gegenüber. Jus gentium war auf beiden Seiten zu finden, sowohl in dem jus civile [8]) wie in dem jus honorarium [9]), aber in dem jus honorarium überwog das Element des jus gentium. Das prätorische Edict war in der Hauptsache das Mittel, dem freien Billigkeitsrecht zum Siege über das ältere strenge Recht zu helfen. Mochte das prätorische Edict in seinen Anfängen nur zur volleren Durchführung des jus civile (juris civilis adjuvandi gratia), dann auch zur Ergänzung des jus civile (juris civilis supplendi gratia) dienen, endlich ging es, von der Strömung der Zeit getragen, zur vollen Reform des Civilrechts (juris civilis corrigendi gratia) über.

Die Blüthezeit des prätorischen Edicts fällt in das letzte Jahrhundert der Republik und das erste Jahrhundert der Kaiserzeit. Dann war die Aufgabe in der Hauptsache gelöst. Kaiser Hadrian liess um das Jahr 131 n. Chr. durch den Juristen Salvius Julianus die beiden prätorischen Edicte (des praetor urbanus und des praetor peregrinus) zu einem einzigen Edict zusammenfassen und verarbeiten, unter Aufnahme wahrscheinlich auch des Edicts der Aedilen, und verkündigte das Ganze als allgemein verbindliches Reichsgesetz. Seitdem war das Edict des Prätors unveränderlich (edictum perpetuum in diesem neuen Sinn). Auch in den Provinzen hatte es Geltung, vielleicht (als edictum provinciale) mit einzelnen Zusätzen, welche auf die Verhältnisse der Provinzialen Bezug nahmen. Das prätorische Recht war zu Kaiserrecht geworden [10]).

---

7) Cic. in Verrem II, 1 § 42: Qui plurimum tribuunt edicto, praetoris edictum legem annuam dicunt esse.

8) Hier das Wort in dem weiteren Sinn genommen, in welchem es das römische Recht schlechtweg (das „Stadtrecht") bezeichnet, mag es jus civile im engeren Sinn (eigenthümlich römisch) oder jus gentium sein. Im Gegensatz zum jus honorarium ist jus civile alles römische Recht, welches von Rechtswegen Recht ist.

9) Dem nur von Edictswegen geltenden Recht.

10) Vgl. Aug. Schultze, Privatrecht und Process S. 533 ff.

Das prätorische Recht war fertig. Es war Zeit, dass eine neue Kraft herantrat, um eine nunmehr neu sich stellende Aufgabe zu lösen: die römische Rechtswissenschaft.

L. 2 § 10 D. de orig. juris (1, 2) (Pomponius): Eodem tempore et magistratus jura reddebant, et, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant. Quae edicta praetorum jus honorarium constituerunt. Honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat.

Asconius in Cicer. orat. pro Cornelio: Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis tulit: ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent; quae res cunctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie jus dicere solebant, sustulit.

L. 7 § 1 D. de just. et jure (1, 1) (Papinian.): Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.

L. 8 eod. (Marcian.): et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.

Zur Veranschaulichung des Edictsinhalts setze ich die Stelle des Edicts her, welche von der in integrum restitutio propter absentiam, d. h. von der Wiederaufhebung eines Rechtsnachtheils handelt, den Jemand in Folge nicht rechtzeitiger Wahrnehmung seiner Rechte erlitten hat. L. 1 § 1 D. ex quib. caus. maj. (4, 6): Verba autem edicti talia sunt: Si cujus quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis servitute hostiumque potestate esset; sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur; item si quis quid usu suum fecisset aut quod non utendo amisit, consecutus, actioneve solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur inve vinculis esset secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret neque defenderetur; cumve magistratus de ea re appellatus esset sive cui pro magistratu sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebis scita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit. — Ganz deutlich sieht man hier die nacheinander eingeschobenen Clauseln; die jüngste ist sicher die letzte, ganz allgemein lautende. Zu beachten ist, dass als Schranke

des prätorischen Ermessens ausdrücklich nur das Gesetzesrecht, nicht aber das Gewohnheitsrecht genannt ist.

Ausgaben:

Rudorff, Edicti perpetui quae supersunt. Lipsiae 1869.
Bruns, Fontes juris Romani antiqui, ed. 4. 1879, p. 165 sq.
Dazu O. Lenel, Das Edictum perpetuum, 1883.

§ 15.

Die römische Rechtswissenschaft.

Die Anfänge der römischen Jurisprudenz liegen bei den pontifices, welche die sachverständigen Beiräthe im Gericht des Königs, dann des Consuls, dann des Prätors waren. Ihre Rechtswissenschaft hing mit ihrer Wissenschaft von der Religion und von der Astronomie zusammen. Sie kannten das Sacralrecht und den Kalender, sie wussten, an welchen Tagen es zulässig war, Klage zu erheben (dies fasti) und an welchen Tagen nicht (dies nefasti). In Folge ihrer berathenden Mitwirkung im Gericht waren sie es, welche die Klagformeln (legis actiones) sowie die rechtsgeschäftlichen Formeln kannten, beherrschten, fortbildeten. Ihre Wissenschaft war die Wissenschaft von dem Buchstaben des Gesetzes und von der kunstgemässen Anwendung, Auslegung, Verwerthung dieses Buchstabens (interpretatio, oben § 11). Um dieser interpretatio willen, welche nicht Jedermanns Sache war, und welche doch die Form der Klage und des Rechtsgeschäfts im Einzelfall massgebend bestimmte, erschien die pontificale Jurisprudenz als eine Art Geheimwissenschaft und zugleich als ein Machtmittel des patricischen Standes, welchem die pontifices angehörten, über die Plebejer, so dass die Veröffentlichung der legis actiones, d. h. der Klagformeln in der von den pontifices ihnen gegebenen Gestalt, bald nach den zwölf Tafeln durch Flavius und Aelius (sog. jus Flavianum, jus Aelianum) für eine grosse volksthümliche That geachtet wurde[1]). Eine grosse Wendung bedeutete es daher, als der erste plebejische Pontifex maximus, Tiberius Coruncanius (um 254 v. Chr.) sich bereit erklärte, Jedermann über Fragen

1) Die öffentliche Aufstellung des Kalenders war bereits durch die Decemvirn bewirkt.

des Rechts Auskunft zu ertheilen. Schon vor ihm hatten die pontifices auf Anfrage Auskunft gegeben, aber nicht Jedermann, sondern nur dem anfragenden Magistrat oder der Partei, welche an einer Rechtsfrage praktisch betheiligt war. Die Ankündigung des Tib. Coruncanius bedeutete, dass jetzt auch der blos theoretisch interessirten Anfrage Antwort gegeben werden solle. Das Wissen vom Recht sollte als solches Jedermann zugänglich werden. Damit waren die Anfänge des Rechtsunterrichts und, was nothwendig daraus folgen musste, einer juristischen Literatur gegeben. Die fachmässige Kenntniss vom Recht musste allmälig aus den Kreisen der pontifices heraustreten und Bestandtheil der nationalen Bildung werden [2]). Aus einer blossen Kenntniss vom Recht ging eine ihrer Principien sich bewusst werdende Wissenschaft vom Recht hervor.

L. 2 § 6. 7. D. de orig. jur. (1, 2) (Pomponius): omnium tamen harum (legum XII tab.) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. — Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba ejus, libertini filius, subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. hic liber, qui actiones continet, appellatur jus civile Flavianum. — — augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur jus Aelianum.

§ 35 eod.: ex omnibus, qui scientiam (juris civilis) nancti sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad hunc vel in latenti jus civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant.

§ 41 eod.: Quintus Mucius (Scaevola), Publii filius, pontifex maximus, jus civile primus constituit, generatim in libros decem et octo redigendo.

Die vornehmste Thätigkeit eines Rechtskundigen war die

2) Der jüngere Qu. Mucius Scaevola, pontifex maximus, Zeitgenosse Cicero's, erklärte dem Redner Servius Sulpicius, der ihn in einer Rechtsfrage anging: turpe esse patricio et nobili et causas oranti, jus, in quo versaretur, ignorare.

respondirende (Anfragen beantwortende), mit welcher die docirende und die schriftstellerische Wirksamkeit sich verband.

Die Autorität der pontificalen responsa alten Styls ruhte auf der Stellung des Collegiums der pontifices, welches alljährlich ein Mitglied dazu bestimmte, um die privatrechtlichen Gutachten abzugeben (constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis). Daraus ergab sich die verbindliche Kraft, welche das pontificale Gutachten für die Richter besass[3]). Seit dem Ende der Republik war zugleich mit der Verbreitung der Rechtskunde das freie Respondiren auch Anderer, welche nicht zu dem priesterlichen Collegium gehörten, aufgekommen, natürlich ein Respondiren ohne verbindliche Autorität. Das Ansehen der responsa und überhaupt der Jurisprudenz schien darunter leiden zu müssen, und doch war es unmöglich, zu der alten Monopolisirung der Rechtweisung durch die pontifices zurückzukehren. Kaiser Augustus ergriff daher einen anderen Ausweg. Er befahl, um die Autorität der Rechtweisung wieder herzustellen, dass die responsa fortan ex auctoritate ejus (principis), also mit kaiserlicher Autorität gegeben werden sollten. Er war zugleich pontifex maximus, und so konnte seine Verordnung zugleich als eine Wiederbelebung und als eine Reform der alten autoritativen Rechtweisung, welche natürlich durch die freie Rechtweisung nicht aufgehoben worden war, angesehen werden. Durch Vermittelung des princeps konnte nunmehr auch ein Nicht-Pontifex autoritativ respondiren. Von diesem Augenblick an verschwindet der Einfluss des Pontificalcollegiums auf die Entwickelung des Civilrechts, und der princeps im Bunde mit der jetzt laisirten Jurisprudenz tritt in den Vordergrund.

Die Form, in welcher das ex auctoritate principis respondere seine feste, für die spätere Zeit massgebende Gestalt erhielt, scheint erst durch Tiberius festgestellt worden zu sein. Seitdem ist es Herkommen, dass einzelnen hervorragenden Juristen das jus respondendi (jus publice, populo respondendi) vom Kaiser verliehen wird, d. h. das Recht, für den Richter verbindliche

3) Mit dem pontificalen responsum galt der Process als thatsächlich entschieden, wenngleich formell noch die Verkündigung des Urtheils durch den Richter hinzukommen musste, vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht II (2. Aufl.) S. 46. 48.

Gutachten zu ertheilen. War das Gutachten in der vorgeschriebenen Form (schriftlich und versiegelt) gegeben, so musste der Richter danach erkennen, falls nicht von einem anderen, gleichfalls privilegirten Juristen ein entgegengesetztes Gutachten vorlag. Was zunächst nur von dem Gutachten galt, welches ausdrücklich für diesen Process gegeben war, das ward dann im Wege des Herkommens auch früheren Gutachten zu Theil, also denjenigen responsa, welche gegenwärtig nicht mehr in ihrer officiellen Form (schriftlich und versiegelt), sondern lediglich in der Responsenliteratur (den Responsensammlungen) vorlagen, ein Herkommen, welches durch ein Rescript Hadrians ausdrücklich bestätigt wurde.

Die Gutachten der privilegirten Juristen (responsa prudentium) waren zu einer Art Rechtsquelle geworden, und die Kraft der Rechtsquelle begann, von den responsa auf die juristische Literatur sich zu übertragen.

L. 2 § 48. 49 D. de orig. jur. (1, 2) (Pomponius): Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat. Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque judicibus ipsi scribebant, aut testabantur, qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit.

Gaj. Inst. I, § 7: Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.

Die Macht war der römischen Jurisprudenz gegeben. Es war jetzt nur die Frage, ob sie dieselbe zu gebrauchen im Stande sei.

Zunächst gerieth die Rechtswissenschaft mit sich selber in Conflict. Zwei Rechtsschulen, die Sabinianer und die Proculejaner, jene an die Autorität des C. Atejus Capito, diese an die Autorität des M. Antistius Labeo (Beide zur Zeit des Augustus) sich anschliessend, traten einander gegenüber. Ihren Namen empfingen die beiden Schulen, die eine von Massurius Sabinus (unter Tiber), welcher den Spuren des Capito folgte

die andere von Licinius Proculus (unter Nero), welcher als Haupt der Labeonischen Schule anerkannt ward. Von C. Cassius Longinus, welcher dem Sabinus nachfolgte, trägt die Schule der Sabinianer auch den Namen der Cassianer; nach Pegasus, dem Nachfolger des Proculus, werden die Schüler des Proculus auch Pegasianer genannt.

Was das Wesen des Schulgegensatzes ausmachte, vermögen wir nicht mehr mit Sicherheit zu erkennen. Vielleicht dürfen wir in Anschluss an einen neueren Schriftsteller[4]) sagen, dass die Schule des Labeo mehr das Gesetzmässige im Recht, das Streben nach Principien, die Schule des Capito dagegen das Positive, der abstracten Regel Spottende im Recht betonte. Der Gegensatz musste sich ausgleichen, sobald die richtige Formulirung der abstracten Regel hergestellt war, welche die positive Ausnahme nicht ignorirte, sondern gleichfalls unter einem höheren Gesichtspunkt begriff. Die Schule des Labeo erscheint unter diesem Gesichtspunkt als die eigentlich schöpferische; aber die Schule des Capito stellte die ihr unentbehrliche kritische Controlle dar. Beide förderten einander gegenseitig, und die klassische römische Rechtswissenschaft, deren Meisterschaft gerade darin bestand, die Rechtssätze des Verkehrslebens so zu formuliren, dass in die Regel zugleich das Princip der Ausnahmen mit eingeschlossen war, muss als ein Erzeugniss der geistigen Arbeit beider Rechtsschulen bezeichnet werden.

Gajus (um 117—161 n. Chr.), ein Sabinianer, ist der letzte bedeutende Jurist, welcher den Schulgegensatz vertritt. Seitdem (Mitte des zweiten Jahrhunderts) beginnt die eigentlich klassische römische Jurisprudenz (150—250 n. Chr.), als deren bedeutendste Träger Papinian und seine Schüler Ulpian und Paulus (blühten unter Septimius Severus und Alexander Severus), sodann, als der letzte, Herennius Modestinus (blühte um 244) berühmt sind.

Die Aufgabe, welche die römische Rechtswissenschaft zu lösen hatte und löste, war eine doppelte: einmal die Zusammenfassung

4) M. Schanz im Philologus 1883, S. 309 ff. „Die Analogisten und Anomalisten im römischen Recht." Der Verfasser gewinnt für seine Ansicht glückliche Anhaltspunkte in der Art, wie Labeo philologische Fragen behandelte.

des Rechts, wie es in den mannigfaltigsten Rechtsquellen seit den Zeiten der zwölf Tafeln niedergelegt war, zu einem einheitlichen System, sodann aber die Entfaltung des reichen Inhalts, welchen diese Rechtsquellen darboten, in wissenschaftlicher Form. Die Zeit einer neuen interpretatio war herangekommen. Vor allen Dingen galt es nun die interpretatio des praetorischen Edicts, wie einst die interpretatio der zwölf Tafeln. Das prätorische Edict hatte die Grundsätze des freien billigen Verkehrsrechts doch nur im Rohen und in einzelnen kräftigen Grundzügen entwickeln können. Wie vieles gab es hier noch zu thun! Ja, wie vieles gab es, worüber das prätorische Edict und alle geschriebenen Rechtsquellen überhaupt keine Auskunft gaben! So etwa über die Grundsätze von der Stellvertretung, von den Bedingungen, von der contractlichen Diligenzpflicht, und vieles Andere. Es kam hier darauf an, die Natur der Verkehrsverhältnisse, den unausgesprochenen und unbewussten Willen des Verkehrs zu entdecken, zur Sprache zu bringen und in feste Form zu fassen, in solche Form, welche zugleich klar und bestimmt und doch weit genug war, um nicht etwa blos für viele Fälle, sondern für alle Fälle, auch für die sonderlichen Ausnahmsfälle, das gemeinsam beherrschende Princip zum Ausdruck zu bringen. Gerade darin aber lag die Genialität der römischen Jurisprudenz. Sie hatte wenig dogmatische Interessen im Sinne unserer heutigen Wissenschaft. Sie dachte nicht über den Begriff des Rechts, des Eigenthums oder der Schuldverbindlichkeit nach, und wenn sie darüber nachdachte, so pflegte sie es nur zu mangelhaften Ergebnissen zu bringen. Aber sie hatte ein instinctives Gefühl von den Consequenzen des Eigenthumsbegriffs, des Schuldbegriffs, dessen Sicherheit sie in keinem Augenblick verliess. Vor Allem hatte sie eine geniale Kraft, die Anforderungen der bona fides im Verkehr zu entdecken und auf den Einzelfall zu appliciren. Was beim Kauf, bei der Miethe, beim Auftrag sich von selber, auch ohne ausdrückliche Parteierklärung, kraft der Natur der Verhältnisse für alle Fälle und für den Einzelfall als Recht ergab, das wusste sie sofort, und diese Findigkeit, diese Klarheit in der Beherrschung der Casuistik, geleitet durch ein nie versagendes Gemeingefühl, diese Fähigkeit, das Recht zum Wort zu bringen, welches dem concreten Verhältniss gewissermassen innewohnt, und

welches darum, wenngleich in mannigfacher praktischer Variirung, auch allen anderen Verhältnissen dieser Art die Regel giebt, das ist es, was den Schriften der römischen Juristen ihren unvergänglichen Reiz und dem Werk, welches sie geschaffen haben, die Unsterblichkeit gebracht hat. Es war nicht, wie man es wohl genannt hat, ein „Rechnen mit Begriffen“, was die römischen Juristen gross gemacht hat, sondern der praktische Tact, welcher, ohne sich des Begriffes verstandesgemäss bewusst zu sein, dennoch gemäss demselben handelte, und daher an dem Einzelfall das Gesetz, welches allen Fällen dieser Art eingeboren ist, hervorbrachte.

Dasjenige Rechtsgebiet, auf welchem die eigenthümliche Begabung der römischen Juristen ihren vollen Spielraum fand, ist das Obligationenrecht, das Recht der Schuldverhältnisse, also das eigentliche Verkehrsrecht, und zwar ganz insbesondere das Recht derjenigen Contracte, bei denen nicht blos der ausgesprochene, sondern auch der unausgesprochene Wille der Parteien gültig ist (die sog. negotia bonae fidei). Diesen unausgesprochenen Willen, welcher der Partei selber im Moment des Contractsschlusses in der Hauptsache unbewusst ist, haben die römischen Juristen entdeckt, und sie haben ihn für alle Zeiten entdeckt, und die Gesetze, welche sich aus demselben ergeben, ausgesprochen. Diese Arbeit braucht nicht mehr wiederholt zu werden. Und sie haben diesen Gesetzen zugleich eine für alle Zeiten mustergültige Formulirung gegeben. Darum ist das Obligationenrecht, und zwar nur das Obligationenrecht, und zwar wiederum nur das Recht jener negotia bonae fidei, der eigentlich und in Wahrheit unsterbliche Theil des römischen Rechts. Alle anderen Theile des römischen Privatrechts sind niemals wieder zu voller, unbeschränkter Herrschaft gebracht worden, und alle anderen Theile des römischen Privatrechts sind heute im Begriff, mehr oder minder beseitigt und durch die werdende deutsche bürgerliche Gesetzgebung auch formell abgeschafft zu werden. Aber das römische Obligationenrecht wird bleiben. Es kann nicht abgeschafft werden. Der Wille des Käufers, Miethers u. s. w. ist zu allen Zeiten der gleiche, und diesen Willen lediglich hat das römische Recht zur Klarheit gebracht. Hier wird unsere Gesetzgebung, mag sie auch das römische Recht aufheben, doch materiell eine Wiederholung desselben sein.

Die Fähigkeit zu dieser Leistung, welche dem römischen Recht die unvergängliche welterobernde Kraft gab, war den römischen Juristen gerade durch die Art ihrer Thätigkeit gegeben. Der Schwerpunkt ihrer ganzen Wissenschaft lag immer in der Kunst zu respondiren, d. h. in der Behandlung des Einzelfalls. In unmittelbarer Fühlung mit dem Leben erwuchs die römische Rechtswissenschaft, überschüttet mit einer Menge von Einzelfällen, und doch im Stande, jedem Fall das Recht zu geben, welches mit ihm geboren war, ein Recht, zugleich abstract und doch dem Einzelnen gerecht werdend, elastisch und doch stark und fest genug, um das ungeheure Gebiet des Verkehrslebens mit siegender Sicherheit zu beherrschen.

Das prätorische Recht hatte dem jus gentium die Gasse geschaffen, durch welche es in breitem Strom in das römische Recht eindrang. Erst die römische Rechtswissenschaft aber gab dem jus gentium, dem an sich so unfassbaren, beweglichen, freien Verkehrsrecht die Fassbarkeit, die Durchsichtigkeit, zugleich die nöthige Gebundenheit, welche die Grundsätze der bona fides in der Gestalt, wie sie von den römischen Juristen ergriffen waren, lebensfähig machte für alle Zeit.

Das eigentliche Werk der römischen Rechtsentwickelung war damit vollendet. Die innere Rechtsvernunft der Verkehrsverhältnisse war in den Schriften der römischen Juristen in klassischer Schönheit sichtbar geworden. Es fehlte nur noch, die letzte Hand anzulegen. Dies war der kaiserlichen Gewalt vorbehalten.

L. 2 § 42 D. de O. J. (1, 2) (Pomponius): maximae auctoritatis fuerunt Atejus Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo, qui omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio; ex his Atejus consul fuit: Labeo noluit, cum offeretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit: et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret; itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Atejus Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis scientiae operam dederat, plurima innovare instituit.

§ 16.
Die kaiserliche Gesetzgebung.

Die kaiserliche Gewalt hat zwei Stufen der Entwickelung durchschritten. Auf der ersten Stufe ist sie die Amtsgewalt eines republikanischen Magistrats (Principat), auf der zweiten Stufe (seit Diocletian und Constantin) ist sie monarchische Gewalt. Diese Entwickelung spiegelt sich in der Rechtsgeschichte wieder. Der princeps der ersten Epoche ist ohne gesetzgebende Gewalt, der kaiserliche Monarch aber des vierten Jahrhunderts und der Folgezeit hat die gesetzgebende Gewalt. Zur Zeit des Principats greift der Kaiser nur nebenher und ergänzend in die Rechtsentwickelung ein, zur Zeit der Monarchie aber übernimmt die kaiserliche Gesetzgebungsgewalt ausschliesslich die Führung des Rechtslebens.

Erste Stufe (bis etwa 300 n. Chr.). Der princeps wirkt auf die Fortbildung des Rechts ein durch seine Entscheidung über den Einzelfall (decretum, interlocutio), durch sein Gutachten über den Einzelfall (rescriptum), durch seine Beamteninstructionen (mandata), durch seine öffentlichen Verordnungen (edicta).

Decrete und Rescripte erscheinen als Mittel der authentischen Interpretation. Der Kaiser legt das Gesetz aus, indem er es auf den Einzelfall anwendet; die kaiserliche Gesetzesauslegung aber ist autoritative Auslegung und für alle gleichgearteten Fälle massgebend. Das Rescript wird auf die Anfrage entweder in einem selbständigen Antwortschreiben (epistola) oder in Form einer auf das Anfrageschreiben gesetzten Antwortnotiz (subscriptio) ertheilt. Decrete und Rescripte sind mit ihrer gesetzesähnlichen Kraft (legis vicem habent) von der Lebensdauer des Kaisers unabhängig, ebenso wie die ähnlich wirkenden responsa prudentium (§ 15). Die authentische Interpretation theilt die Rechtskraft des interpretirten Rechts[1]).

---

1) Beispiele: Das decretum divi Marci über die Selbsthülfe, L. 7 D. ad leg. Juliam de vi privata (48, 7), die epistola divi Hadriani über das beneficium divisionis für mehrere Mitbürgen § 4 I. de fidejuss. (3, 20). L. 26 D. eod. (46, 1). — Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht II (2. Aufl.) S. 873 ff.

Die Mandate des Kaisers an seine Beamtenschaft wurden thatsächlich Rechtsquelle, sofern einzelne Theile derselben (capita ex mandatis) stehend in sämmtlichen Beamteninstructionen wiederkehrten [2]). Die kaiserlichen Edicte gingen aus dem Recht der öffentlichen Verfügung hervor, welches dem Kaiser gleich allen anderen oberen Magistraten zustand: durch seine Edicte über Privatrechtsfragen machte er die Grundsätze bekannt, nach welchen er in solchen Fällen seine kaiserliche Gewalt zu handhaben beabsichtigte [3]). Edicte und Mandate galten grundsätzlich nur für die Lebenszeit des edicirenden, bezw. mandirenden Kaisers, und bedurften zu ihrer ferneren Gültigkeit der Wiederholung durch den Nachfolger [4]).

Die Jurisprudenz fasste alle diese Machtäusserungen der kaiserlichen Gewalt auf das Rechtsleben unter dem Namen der constitutiones zusammen, und schrieb ihnen (soweit die Voraussetzungen dauernder Gültigkeit erfüllt waren, was nach dem Vorigen für Edicte und Mandate sich nicht von selbst verstand) gesetzesähnliche Kraft zu. Die regelmässige Form des eigentlichen Gesetzes war aber in dieser Epoche nicht die kaiserliche Verfügung, auch nicht mehr das Volksgesetz (welches nur noch ausnahmsweise, und nur in den Anfängen der Epoche, vorkam), sondern das Senatusconsult. Der Beschluss des Senates galt als Ersatz des Volksbeschlusses. Der princeps hat das Recht, mit dem Senat zu verhandeln und durch seinen Antrag (oratio) einen Beschluss des Senats herbeizuführen. Wie sehr sich im Lauf der Epoche das Zustimmungsrecht des Senats zu einem kaiserlichen Antrag in eine blosse Form verwandelte, zeigt die Thatsache, dass es später üblich werden konnte, anstatt des Senatsbeschlusses lediglich die oratio, also den Antrag des Kaisers zu citiren [5]).

---

2) Beispiel das caput ex mandatis zu Gunsten der Militärtestamente, welches seit Trajan ständig ward. L. 1 pr. D. de testam. militis (29, 1).

3) Beispiel L. 4 D. ne de statu defunct. (40, 15): divus Nerva edicto vetuit, post quinquennium mortis cujusque de statu quaeri.

4) Mommsen, Röm. Staatsrecht II (2. Aufl.) S. 867. 868. 875. 876. Die Edicte wurden daher von den Kaisern nur ausnahmsweise gebraucht, um zur Dauer bestimmte Rechtssatzungen einzuführen.

5) Beispiel die oratio divi Severi über das Mündelgut. L. 1 D. de reb. eor. (27, 9).

Gaj. Inst. I, § 4: Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit, idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum. § 5. Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit, nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.

L. 1 § 1 D. de const. princ. (1, 4) (Ulpian.): Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. haec sunt, quas vulgo constitutiones appellamus.

Zweite Stufe (seit 300). Die Kraft der römischen Rechtswissenschaft war um die Mitte des dritten Jahrhunderts erschöpft. Seit dem Ausgang des dritten Jahrhunderts (Diocletian) tritt die jetzt monarchisch gewordene Kaisergewalt ihre Alleinherrschaft auch für die Rechtsentwickelung an. Nicht blos die formale Rechtserzeugung (Gesetzgebung), sondern auch die Auslegung, welche in Zweifelsfällen aus dem schon geltenden Recht einen neuen Grundsatz entwickelt, ward der kaiserlichen Gewalt vorbehalten. Die kaiserlichen Gutachten (rescripta) treten an die Stelle wissenschaftlicher Auslegung, und wuchsen in Folge dessen zu ungeheurer Zahl an (von Diocletian besitzen wir noch über 1000 Rescripte). Neben dem Rescript stand, wie früher, das Decret (das kaiserliche Urtheil) und vor Allem, die neue Form der Rechtsentwickelung vertretend, das Kaisergesetz. Das Kaisergesetz ist aus dem Antrag an den Senat (oratio) hervorgegangen; aber die Form der Mittheilung an den Senat ist abgestreift. Die Senatsgesetzgebung ist durch die Kaisergesetzgebung beseitigt. Das Kaisergesetz ist eine unmittelbar an die Allgemeinheit bekannt gegebene oratio. Daher seine Bezeichnung als edictum oder lex generalis. Mit dem Erwerb der gesetzgebenden Gewalt durch das Kaiserthum musste es Bedürfniss werden, die blos gutachtende oder urtheilende Thätigkeit des Kaisers von seiner gesetzgebenden zu unterscheiden. Während in der früheren Epoche jedes Rescript und Decret als allgemein verbindlich gegolten hatte, falls nicht seine Geltung ausdrücklich auf den Einzelfall beschränkt war (constitutio personalis), ward jetzt umgekehrt jedes blosse Rescript und Decret als constitutio personalis, also als nur für den Einzelfall gültig behandelt, falls nicht ausdrücklich die allgemeine Geltung des angewandten Grundsatzes vor-

geschrieben war. Nur wenn der Kaiser als Gesetzgeber handeln wollte, entstand ein allgemein verbindliches Reichsgesetz (constitutio generalis), und, grundsätzlich wenigstens, war es die Form, welche das Gesetz als solches auszeichnete und kennzeichnete. Die Form ist ordentlicher Weise das Edict (das amtlich publicirte Gesetz), ausserordentlicher Weise das mit Gesetzeskraft erlassene Rescript und Decret (das nicht amtlich publicirte Gesetz). Es giebt noch nicht-publicirte Gesetze, welche nur durch die Literatur der Allgemeinheit bekannt werden, weil die kaiserliche Gesetzgebung zum Theil noch jetzt in den Formen der früheren Zeit, wo sie formell keine Gesetzgebung war, fortwirkt. Aber der Unterschied zwischen dem Gesetz (welches die Publication fordert) und der blossen Einzelentscheidung (welche keine Publication fordert) ist doch grundsätzlich schon gemacht: die amtlich nicht publicirte Entscheidung (Rescript, Decret) ist nur noch ausnahmsweise von gesetzlicher Geltung. Die monarchische Gesetzgebung modernen Styls beginnt zum Bewusstsein ihrer selbst und ihrer Bedingungen zu gelangen.

L. 1 C. de leg. (1, 4) (Constantin.): Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.

L. 12 § 3 eod. (Justinian.): in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet.

L. 11 C. Th. de rescr. (1, 2) (Arcadius et Honorius): Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa dicebuntur.

L. 3 § 1 C. de leg. (1, 14) (Theodos. et Valentinian.): Sed et si generalis lex vocata est (die Entscheidung eines Einzelfalls) vel ad omnes jussa est pertinere, vim obtineat edicti; interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus vel postea proferemus, non in commune praejudicantibus, nec his, quae specialiter quibusdam concessa sunt civitatibus vel provinciis vel corporibus, ad generalitatis observantiam pertinentibus [6].

---

6) Dazu L. 1 C. eod. Puchta, Cursus der Institutionen § 131. Justinian verordnete dann wieder, dass das im Beisein der Parteien in feierlicher Gerichtssitzung verkündigte kaiserliche Decret (diese Form ward in gewissen Appellationsfällen eingehalten), und die in einem Rescript oder Decret gegebene authentische Interpretation einer lex generalis schlechtweg allgemeine

Die Aufgabe, welche die nunmehr in den Vordergrund eintretende kaiserliche Gesetzgebung zu lösen hatte, war eine zweifache: einmal die Vollendung der römischen Rechtsentwickelung, sodann die Einsammlung ihrer Resultate.

Die Vollendung der römischen Rechtsentwickelung bedeutete die endgültige Abschleifung des jus civile durch das jus gentium, und andererseits die Aufhebung des Gegensatzes von jus civile und jus honorarium. Beide Aufgaben sind durch eine Reihe von Einzelerlassen, nicht durch eine plötzlich vorgehende Codification gelöst worden. Auch die kaiserliche Gewalt zeigt dieselbe conservative, schonende, vorsichtig eingreifende Tendenz, welche der römischen Rechtsgeschichte überhaupt eigen ist. Von Diocletian und Constantin bis auf Justinian, also während eines Zeitraums von mehr als zwei Jahrhunderten, haben die Kaiser nach einander an dem altüberlieferten Recht (jus vetus) geglättet, gefeilt, bis die völlige Einheit und Harmonie da war. Die Mehrzahl der in das Privatrecht tiefer eingreifenden endgültigen Reformen ist erst durch Justinian vollzogen worden, welcher (durch die Beihülfe seiner Räthe) als der letzte Kaiser arbeitete, der des römischen Rechtes mächtig war. Ein Theil seiner Reformen ward sogar erst nach Vollendung des Corpus Juris durch seine Novellengesetzgebung ins Werk gesetzt (so auf dem Gebiet des Erbrechts). Bis zum Corpus Juris galten noch immer die zwölf Tafeln als das formelle Fundament des gesammten römischen Rechts. Im Corpus Juris Justinians erst ward die Summe der Entwickelung gezogen, welche einst mit den zwölf Tafeln begonnen hatte, und an die Stelle des Zwölftafelgesetzes mit Allem, was ihm nachgefolgt war, trat das grosse kaiserliche Gesetzbuch Justinians.

Durch Caracalla war das römische Bürgerrecht allen Reichsbürgern verliehen worden. Es gab nur noch eine Nationalität im römischen Reich, die römische, und diese Nation war mit der Menschheit, auf welcher die Cultur des Alterthums beruhte, gleichbedeutend. Seit dem vierten Jahrhundert verlegte sich ferner der

Geltung haben solle, L. 12 C. de leg. (1, 14). Das Princip blieb aber immer das gleiche, dass nämlich Decrete und Rescripte grundsätzlich keine allgemeine Geltung mehr haben sollten.

Schwerpunkt des Reichs immer entschiedener nach dem griechischen Osten. Der Hellenismus mit seinem kosmopolitischen Wesen ward auch formell zum Sieger über das alte Römerthum. Der Kaiser von Constantinopel war nicht mehr von den Ueberlieferungen Roms und Italiens, sondern von den Anschauungen und Bedürfnissen des hellenischen Provinzialismus umgeben und beeinflusst. Die Provinzen hatten das alte Hauptland verdrängt, der Hellenismus den Romanismus. So verdrängte das jus gentium endgültig das jus civile. War durch den hellenischen Verkehr einst dem römischen Stadtrecht das jus gentium eingepflanzt worden, jetzt, da die Rechtsentwickelung zu dem Mutterboden des jus gentium zurückkehrte, musste es seine volle Kraft entfalten. Das jus aequum empfing seine vollausgeprägte, endgültige, das ganze Gebiet des Privatrechts einheitlich beherrschende Gestalt. Das römische Recht war fertig: aus dem Stadtrecht war ein Weltrecht hervorgegangen.

Es galt nur noch die Einsammlung der gereiften Früchte, um sie für die Zukunft aufzubewahren. Auch diese Aufgabe war von dem Kaiserthum zu lösen, und ward von ihm gelöst.

§ 17.

Die Codification.

I. Die Vorstadien der Codification. Die spätere Kaiserzeit (seit dem vierten Jahrhundert) hatte einen zweifachen Kreis von Rechtsquellen vor sich: einmal das altüberlieferte Recht (jus vetus, auch jus schlechtweg genannt), welches in der klassischen Zeit römischer Jurisprudenz (erste Hälfte des dritten Jahrhunderts) zum Abschluss gebracht war; andererseits das durch die Kaisergesetzgebung geschaffene jüngere Recht (leges, jus novum genannt). Beiderlei Recht (jus und leges) beherrschte in wechselseitiger Ergänzung den Rechtszustand, und stellte in seiner Zusammenfassung das Resultat der gesammten römischen Rechtsentwickelung von der ältesten Zeit bis auf die Gegenwart der spätkaiserlichen Epoche dar.

Das Jus ruhte formell auf den zwölf Tafeln, den Volksgesetzen, den Senatsbeschlüssen, dem prätorischen Edict und den Erlassen der älteren Kaiser. In Wirklichkeit aber wurden alle

diese Rechtsquellen von den Gerichten wie von den Parteien nicht mehr unmittelbar, sondern nur noch durch das Mittel der klassischen juristischen Literatur benutzt, welche die Resultate derselben dargelegt und entfaltet hatte. Man citirte nicht mehr den Prätor, noch ein Volksgesetz, sondern den Papinian, Ulpian, Paulus u. s. f. Dabei ward kein Unterschied mehr gemacht, ob die betreffende Ansicht des Paulus oder Papinian gerade in einem Responsum geäussert war oder nicht. Die Autorität, welche die Responsenliteratur seit dem Beginn des zweiten Jahrhunderts gewonnen hatte (§ 15), ging thatsächlich auf die juristische Literatur überhaupt über. Es kam hinzu, dass die Verleihung des jus respondendi an einzelne Juristen im Lauf des dritten Jahrhunderts aufgehört hatte; seit Diocletian war der Kaiser (durch seine Rescripte) der einzige autoritäre Respondent (§ 16). So hatte die spätere Zeit keinen Sinn mehr dafür, zwischen Juristen mit jus respondendi und Juristen ohne jus respondendi zu unterscheiden. Mit dem gleichen Anspruch auf Ansehen wie die Schriften patentirter Juristen wurden auch die Schriften solcher Juristen citirt, welche das jus respondendi nicht gehabt hatten, wenn ihnen nur das gleiche literarische Ansehen zur Seite stand, welches die Schriften der berühmten, privilegirten Juristen auszeichnete. So ward für die Gerichte des vierten Jahrhunderts Gajus, welcher als Rechtslehrer unter Hadrian und Marc Aurel geblüht hatte, und dessen Schriften durch griechische Flüssigkeit und Klarheit alle folgenden Jahrhunderte entzückten, der aber nie das jus respondendi besessen hatte, eine gleiche Autorität wie etwa Paulus und Papinian. Wenn man bei den patentirten Juristen ihre übrigen Schriften, bei deren Abfassung sie ja doch von ihrem jus respondendi keinen Gebrauch gemacht hatten, den Responsenschriften gleichstellte, so hatte es keinen Sinn, überhaupt noch an dem jus respondendi als Bedingung der gerichtlichen Autorität festzuhalten. Aus der Nichtunterscheidung der Schriften musste die Nichtunterscheidung auch der Schriftsteller folgen. Es vollendete sich damit lediglich die Thatsache, dass die Autorität der responsa auf die Literatur sich übertrug.

Ein lebhaftes Bedürfniss ward durch diese Entwickelung befriedigt. Die alten Rechtsquellen, vor Allem die Volksgesetze und das prätorische Edict, entzogen sich bereits, theils durch ihre

Sprache, theils durch ihre eng verclausulirte, inhaltsschwere Fassung dem gemeinen Verständniss der Zeit. Weil man die alten Rechtsquellen selber nicht mehr zu handhaben vermochte, *musste* an die Stelle ihres Gebrauchs ein erweiterter Gebrauch der aus ihnen erwachsenen juristischen Literatur eintreten. Das jus, das Recht der älteren Entwickelungsstufen, war *nur noch in der Form der Juristenschriften* praktikabel: das jus (vetus) identificirte sich mit dem *Juristenrecht*.

Die kaiserliche Gewalt hatte hier nur die Aufgabe, theils corrigirend, theils ergänzend und bestätigend einzugreifen. Dies geschah durch mehrere Citirgesetze, von denen das *Citirgesetz Valentinians* III. v. J. 426 das wichtigste ist. Valentinian III. bestätigte, was sich durch Herkommen gebildet hatte. Er gab den Juristenschriften, und zwar den Schriften des *Papinian*, *Paulus*, *Ulpian*, *Gajus* und *Modestin*, sowie den Schriften aller derjenigen, welche von diesen Schriftstellern citirt waren (damit ward der Umkreis der klassischen Literatur officiell begränzt), gesetzesähnliche Kraft, so dass der Richter an ihre Meinungen gebunden sein sollte[1]). Fanden sich über dieselbe Frage

1) Die Voraussetzung des Citirgesetzes ist, dass die Schriften der genannten fünf grossen Juristen (Papinian u. s. w.) gemein verbreitet und gemein bekannt sind. Das Gleiche ist bei den Schriften der anderen, meist älteren, Juristen (Scaevola, Sabinus u. s. w.) nicht der Fall. Darum ist Voraussetzung für den Gebrauch dieser anderen Juristenschriften, dass sie, wie das Gesetz sagt, codicum collatione firmentur. Der Sinn dieser letzteren Worte ist zweifelhaft. Das Wort codices kann für jene Zeit nicht mit „Handschriften", sondern nur mit „Sammlungen" übersetzt werden. Die Schriften dieser anderen Juristen müssen also durch die Zusammenstellung (collatio) der „Sammlungen" bestätigt sein, d. h. es können nur diejenigen Stellen benutzt werden, welche in die „Sammlungen" aufgenommen sind. Die einzig mögliche Deutung scheint, dass man beabsichtigte, Sammlungen (codices) der Stellen aus anderen Juristenschriften zu machen, welche neben den Schriften von Papinian u. s. w. noch gebraucht werden sollten, also vergleichbar dem Plan, welcher in c. 5 C. Th. de const. princ. (1, 1) angedeutet und in Justinians Digestenwerk ausgeführt ist (nur dass hier die Geltung *sämmtlicher* Juristenschriften auf die aufgenommenen Excerpte beschränkt ward). Die Meinung wäre dann: vollständige Geltung der Schriften von Papinian, Ulpian, Paulus, Gajus und Modestin, excerptenweise Geltung der Schriften der übrigen, von Papinian u. s. w. citirten Juristen. Da diese Excerptensammlungen aus den Schriften der übrigen Juristen nicht hergestellt wurden, so ergab sich praktisch das von der westgothischen Interpretation des valentinianischen Citirgesetzes ausgesprochene

Meinungsverschiedenheiten, so sollte Stimmenmehrheit entscheiden, bei Stimmengleichheit die Stimme Papinians, eventuell, falls Papinian die Frage nicht beantwortet hatte, das Ermessen des Richters. Von einem Citiren der alten Rechtsquellen selber ist keine Rede mehr; die juristische Literatur hat die Rechtskraft derselben überkommen. Das Citirgesetz Valentinians III. vollendete im Sinne seiner Zeit, was mit den responsa der alten pontifices und dem jus respondendi des Augustus seinen Anfang genommen hatte. Nie hat eine literarische Bewegung einen vollkommeneren Erfolg erzielt.

L. 3 C. Th. de resp. prud. (1, 4) (Theodos. et Valentinian.): Papiniani, Paulli, Gaji, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gajum quae Paullum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus opere recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel si numerus aequalis sit, ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Paulli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas (sicut dudum statutum est) praecipimus infirmari [2]. Ubi autem pares eorum sen-

---

Resultat, dass von den Schriften der übrigen Juristen nur die Stellen galten, welche bei den genannten fünf Juristen (Papinian u. s. w.) Aufnahme gefunden hatten. — Ueber die verschiedenen Erklärungen des Citirgesetzes vgl. Puchta, Cursus der Institutionen § 134. Danz, Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts, 2. Aufl., § 78. Padeletti, Lehrb. der röm. Rechtsgeschichte (deutsch von v. Holtzendorff) S. 394. Dernburg, Die Institutionen des Gajus S. 110 ff.

2) Den Gebrauch der von Ulpian und Paulus zu Papinians Werken geschriebenen kritischen Noten hatte der Kaiser Constantin im Jahre 321 verboten, um perpetuas prudentium contentiones abzuschneiden; der Gebrauch der übrigen Schriften des Paulus, insbesondere seiner Sententiae (deren auch am Schluss des obigen Valentinianischen Citirgesetzes ausdrücklich gedacht wird) war aber von ihm bestätigt worden, L. 1. 2 C. Th. de resp. prud. (1, 4). Man sieht, dass im Beginn des vierten Jahrhunderts bereits alle Schriften (nicht blos die responsa) der berühmten Juristen in den Gerichten gebraucht wurden, und dass die Partei die von ihr angezogene Juristenschrift ins Gericht mitzubringen und dem Richter vorzulegen pflegte (l. 2 cit.: in judiciis prolatos).

tentiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio judicantis. Paulli quoque sententias semper valere praecipimus etc.

Zu dem jus (vetus) wurden herkömmlich auch die Sammlungen älterer Kaisererlasse (insbesondere der Rescripte) gezählt, unter denen der Codex Gregorianus (um 300) und die ihn ergänzende Nachtragssammlung des Codex Hermogenianus (im Lauf des vierten Jahrhunderts) hervorragten, beide vielleicht amtlich angeregt [3]). Der praktische Werth dieser Sammlungen bestand darin, dass sie die Rescripte (so die zahlreichen Rescripte Diocletians) enthielten, welche in den Schriften der klassischen Juristen noch keine Berücksichtigung hatten finden können.

Der eigentliche Träger des neuen Kaiserrechts (leges) war das edictum (im späteren Sinn), die öffentlich bekannt gegebene constitutio generalis. Für diese Constitutionen neuen Styls bedurfte es, ebenso wie für die Rescripte der nachklassischen Zeit, nur der Sammlung, ein Bedürfniss, welches der Codex Theodosianus, von Kaiser Theodos II. im Jahre 438 publicirt, und noch in demselben Jahr auch von Valentinian III. für das Westreich mit Gesetzeskraft verkündigt, befriedigte. Derselbe enthielt die seit Constantin erlassenen (allgemeinen) Constitutionen, unter Aufhebung aller aus dieser Periode nicht aufgenommenen Constitutionen.

Dem Codex Theodosianus folgte bis auf Justinian eine Reihe von einzelnen Kaisergesetzen nach, welche als Novellen (sog. posttheodosianische Novellen) bezeichnet und gesammelt wurden.

So waren zu Justinians Zeit folgende Quellen in Gebrauch: 1) die Juristenschriften nach Massgabe des Citirgesetzes von Valentinian; 2) die älteren Kaisererlasse (Codex Gregorianus und Hermogenianus); 3) der Codex Theodosianus und seine Novellen. Aus diesem Stoff ist unser Corpus Juris hervorgegangen.

II. Das Corpus Juris Justinians. Kaiser Justinian (regierte 527—565) fasste den Plan, das gesammte geltende Recht in ein einziges Gesetzbuch zusammenzufassen. Zu diesem Zweck

3) Eine ältere, private Rescriptensammlung waren die libri XX constitutionum des Papirius Justus (zweite Hälfte des zweiten Jahrhunderts), die gleichfalls zum Jus gerechnet und von Justinian daher in seinen Digesten excerpirt wurden (z. B. l. 60 D. de pactis 2, 14).

veranlasste er eine doppelte Sammlung, eine des Juristenrechts (jus), eine andere des Kaiserrechts (leges). Dem Ganzen ward, zur Einleitung in das Gesetzbuch und in das Rechtsstudium, ein kurzes Lehrbuch (die Institutionen) vorausgeschickt. So zerfiel das Gesetzbuch in drei Theile: die Institutionen, die Digesten (oder Pandekten) und den Codex.

1. Die Institutionen (in 4 Büchern) sind ein kurzes, historisch-dogmatisch gehaltenes Lehrbuch des justinianischen Rechts, von dem Reichsminister Tribonian und unter seiner Oberleitung von den beiden Professoren Theophilus und Dorotheus ausgearbeitet. Aeltere Institutionenwerke, so des Ulpian und Marcian, namentlich aber die Institutionen und die Res quotidianae des Gajus wurden dabei zu Grunde gelegt. Justinian publicirte die Institutionen als Theil seines Gesetzbuchs, mit gleicher Gesetzeskraft wie die übrigen Theile desselben.

Const. Imperatoriam (prooem. Inst.) vom 21. Nov. 533, Publicationspatent für die Institutionen.

Const. Tanta (l. 2 C. de veteri jure enucl. 1, 17) vom 16. Dec. 533, bezieht sich in den §§ 11. 23 auf die Institutionen, und verordnet für die Institutionen wie für die Digesten Gesetzeskraft vom 30. Dec. desselben Jahres.

2. Die Digesten (oder Pandekten), in 50 Büchern, sind eine Sammlung von Excerpten aus Juristenschriften, also die Codification des jus (des Juristenrechts), durch eine Commission von Professoren und Advocaten unter Tribonians Leitung auf Justinians Befehl hergestellt. Für die Anordnung des Stoffes war im Allgemeinen die Anordnung des prätorischen Edicts massgebend. Die Commission ward in drei Abtheilungen getheilt, von denen jede eine bestimmte Gruppe von Schriften zu excerpiren hatte: die eine die Werke über das jus civile (sog. Sabinusmasse, weil die Schriften des Sabinus und seiner Commentatoren hier den Grundstock ausmachten), die andere die Werke über das prätorische Edict (sog. Edictsmasse), die dritte die Werke über einzelne Rechtsfragen und Rechtsfälle (sog. Papiniansmasse, weil hier die Schriften Papinians und seiner Commentatoren an Bedeutung die übrigen übertrafen). Jede Abtheilung excerpirte für die einzelnen Materien die ihr zugewiesenen Schriften. Dann ward das Ganze zu einem Werke vereinigt,

indem man unter jeder Rubrik die drei Gruppen aneinander anfügte, unter nachträglicher Einschiebung von Excerpten aus solchen Schriften, welche zunächst übersehen oder ausgeschieden waren (sog. Appendixmasse)[4]). Da es sich nicht um die Unterstützung historischer Forschung, sondern um die Herstellung eines praktischen Gesetzbuchs handelte, so empfing die Commission Vollmacht, mit den aufgenommenen Excerpten Aenderungen vorzunehmen. Daher die sog. Interpolationen (emblemata Triboniani), durch welche die Stellen aus den Schriften der klassischen Juristen mit dem Recht der justinianischen Epoche in Einklang gesetzt wurden. Die Controversen unter den juristischen Schriftstellern wurden beseitigt, indem nur eine Meinung in das Digestenwerk Aufnahme fand (oder wenigstens finden sollte). Das Individuelle verschwand, und die Harmonie des grossen Ganzen blieb übrig[5]). Mit berechtigtem Selbstgefühl blickten Justinian und seine Räthe auf ihre Arbeit. In der Hauptsache war das Werk gelungen. Die Summe der mehr denn tausendjährigen römischen Rechtsentwickelung war gezogen. An die Stelle des Chaos von Juristenschriften trat ein einheitliches, planvoll durchgeführtes Werk. Die fernere Benutzung der Juristenschriften in ihrer ursprünglichen Form ward verboten, und die kaiserliche Auslese, eine Sammlung und zugleich eine Renaissance römischer Jurisprudenz, mit Gesetzeskraft verkündigt. Nie war ein Gesetzbuch aus edlerem Stoff verfertigt worden[6]).

---

4) Bluhme in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. IV S. 257 ff. (1820). — Benutzt wurden die Schriften aller derjenigen Juristen, denen das Valentinianische Citirgesetz Rechtskraft gegeben hatte, also die Schriften der fünf grossen Juristen und die Schriften der von diesen citirten Autoritäten. Den Noten des Paulus und Ulpian zum Papinian (oben Note 2) ward ihre Geltung zurückgegeben. Von den Vorschriften des Citirgesetzes über die Geltung der Majorität bei Meinungsverschiedenheiten der Juristen ward die Redactionscommission ausdrücklich entbunden, c. 1 § 4. 6 C. de veteri jure enucl. (1, 17). Ungefähr die Hälfte des Digestenwerks ist aus den Schriften des Ulpian (etwa 1/3) und Paulus (etwa 1/6) entnommen.

5) Die Grundlage für die Ausgleichung der Controversen ward der Commission durch 50 kaiserliche Verordnungen (die sog. quinquaginta decisiones) gegeben.

6) Die Eintheilung der Digesten in 7 partes hatte nur Bedeutung für den damaligen Rechtsunterricht. Die pars prima (πρῶτα) umfasst die libb. I—IV: allgemeine Lehren; die pars secunda (de judiciis) die libb. V—XI: dingliche Klagen; die pars tertia (de rebus, scil. creditis) die libb.

Const. Deo auctore (an der Spitze des Corp. Juris und in l. 1 C. de vet. jure enucl. 1, 17) vom 15. Dec. 530: Beauftragung des Tribonian mit der Abfassung des Digestenwerks.

Const. Tanta = const. Δέδωκεν (an der Spitze des Corpus Juris und in l. 2 C. eod.) vom 16. Dec. 533: Publication des Digestenwerks mit Gesetzeskraft vom 30. Dec. desselben Jahres.

3. Der Codex in 12 Büchern ist eine Sammlung kaiserlicher Constitutionen (der Einzelentscheidungen alten Styls seit Hadrian und der allgemeinen Verordnungen neuen Styls), also die Codification des Kaiserrechts (leges). Schon im Jahr 528 hatte Justinian auf Grund des Codex Gregorianus und Hermogenianus (welche hier also den leges zugerechnet wurden) und des Codex Theodosianus sowie der später erlassenen Gesetze einen neuen Codex herstellen lassen, der im Jahr 529 vollendet und publicirt ward. Die sodann erfolgte Ausarbeitung der Digesten und der Institutionen, welche eine Reihe materieller Rechtsänderungen mit sich führte [7], machte eine Umarbeitung des Codex nothwendig. Der Codex von 529 ward aufgehoben, und ein neuer Codex im Jahr 534 publicirt. Dieser Codex zweiter Auflage (repetitae praelectionis) ist der Codex unseres Corpus Juris. Unter jedem einzelnen Titel sind die aufgenommenen kaiserlichen Constitutionen in chronologischer Reihenfolge aufgeführt. Soweit es nöthig war, half man auch hier durch Interpolationen, um den Inhalt älterer Kaisererlasse mit dem jetzt geltenden Recht zu conformiren. Alle älteren Constitutionen wurden ihrer Gültigkeit entkleidet. Wie das Jus nur noch in der Form des Digestenwerks, so galt das Kaiserrecht nur noch in der Form des neuen Codex von Justinian.

Const. Haec quae necessario (vor dem Codex) vom 13. Febr. 528: verfügt die Abfassung eines neuen Codex (des Codex erster Auflage).

XII—XIX: persönliche Klagen; die pars quarta (umbilicus Pandectarum) die libb. XX—XXVII (Pfandrecht, Zinsen, Beweis, Ehe, Vormundschaft); die pars quinta die libb. XXVIII—XXXVI (Testamente, Vermächtnisse); die pars sexta die libb. XXXVII—XLIV (bonorum possessio, Intestaterbfolge u. A.); die pars septima die libb. XLV—L (Verschiedenes, darunter die libri terribiles XLVII. XLVIII: Strafrecht).

7) Insbesondere durch die 50 decisiones, oben Note 5.

Const. Summa reipublicae (vor dem Codex) vom 7. April 529: Publication des Codex (erster Auflage).

Const. Cordi nobis (vor dem Codex) vom 16. Nov. 534: Publication des Codex zweiter Auflage mit Gesetzeskraft vom 29. Dec. desselben Jahres.

Damit war das Corpus Juris Justinians fertig. Das gesammte geltende Recht war in eine abschliessende Form gebracht worden. Alle drei Theile, Institutionen, Pandekten, Codex, sollten, obgleich zu verschiedenen Terminen publicirt, gleiche Geltung als Theile eines einzigen Gesetzbuchs haben. Um die Entstehung neuer Controversen zu vermeiden, ward die Abfassung von Commentaren verboten. Alle Zweifelfragen sollten an den Kaiser selber zur Entscheidung gebracht werden. Damit hing die Nothwendigkeit neuer Constitutionen (novellae constitutiones) zusammen, welche ziemlich zahlreich noch unter Justinian selber (535 bis 565) ergangen sind. Diese Novellen sind später gesammelt worden. Die Sammlung der Novellen, welche von den Glossatoren zu Bologna gebraucht ward, und welche als vierter Theil des Corpus Juris civilis im 16. Jahrhundert in Deutschland recipirt ward, heisst Authenticum oder liber Authenticorum, und umfasst 134 Novellen. Unsere Ausgaben des Corpus Juris geben eine Sammlung von 168 Novellen [8]).

§ 18.

Das Resultat.

Als Justinian sein Corpus Juris verfasste, war der Westen Europas in den Händen der deutschen Stämme, welche auf den Trümmern des abendländischen Kaiserstaates ihre Barbarenreiche aufgerichtet hatten. Das deutsche Recht galt aber (soweit nicht die Staatsverfassung in Frage kam) nur für den deutschen Eroberer, nicht für den unterworfenen Römer. In den deutschen Königreichen der Gothen, Burgunder, Franken u. s. f. blieb daher das römische Privatrecht, Strafrecht, Processrecht grundsätzlich für die römisch geborene Bevölkerung unver-

8) Die Ausgabe der Novellen (von Schöll) in dem Corpus Juris civilis von Mommsen ist noch nicht vollendet, oben S. 9.

ändert bei Bestand. So war auch für die deutschen Könige ein Anlass gegeben, dem römischen Recht ihre Fürsorge angedeihen zu lassen, und in den deutschen Königreichen erfolgte — noch vor Justinian — genau dasselbe, was Justinian für das oströmische Reich vollbrachte, nämlich eine Codification des römischen Rechts. Man sieht, wie sehr schon seit dem 5. Jahrhundert das römische Rechtsleben der Codification, dem zusammenfassenden, die Rechtsprechung erleichternden Gesetzbuch zudrängte. Kaum war eine energisch functionirende Staatsgewalt vorhanden (und für das Abendland waren die deutschen Reichsgründungen mit politischer Wiedergeburt gleichbedeutend), so war die Codification des römischen Rechts ihre gewissermassen naturnothwendige Leistung — im Westen wie im Osten.

So entstanden um das Jahr 500 (also etwa dreissig Jahre früher als das Corpus Juris Justinians) in den deutschen Königreichen die Leges Romanae, zusammenfassende Aufzeichnungen des Römerrechts. Den Gegensatz bildeten die von uns sog. Leges Barbarorum, die Aufzeichnungen des deutschen Stammesrechts. Die Lex Romana galt für die Römer, die deutsche Rechtsaufzeichnung (die Lex Burgundionum, Visigothorum u. s. f.) für die deutschen Angehörigen des Reichs.

In drei deutschen Reichen sind solche Leges Romanae verfasst worden, im ostgothischen, burgundischen und westgothischen Reich. Das Edictum Theodorici, von Theodorich d. Gr. um 500, ist die Lex Romana des Ostgothenreichs[1]), die Lex Romana Burgundionum (auch Papian genannt), von König Gundobad um das Jahr 500, ist die Lex Romana des Burgunderreichs[2]), die Lex Romana Visigothorum (auch Brevia-

1) Das Edictum Theodorici hat das Eigenthümliche, dass es nicht blos für die Römer des ostgothischen Reichs, sondern auch für die Gothen gelten sollte. Hier überwog noch die Vorstellung, dass das ostgothische Reich einen Theil des römischen Kaiserreichs bilde, und dass die Gothen als römische Soldaten im Verkehr mit den Römern dem römischen Recht als dem geltenden Landrecht unterworfen seien. Neueste Ausgabe von Bluhme in den Monumenta Germaniae historica, ed. Pertz, Legum tom. V p. 145 sqq.

2) Neueste Ausgabe von Bluhme in den Monum. Germaniae hist., ed. Pertz, Legum tom. III p. 579 sqq. — Ueber den Namen Papian (entstellt aus Papinian) siehe unten Note 4.

rium Alarici genannt), von König Alarich II. im Jahr 506, ist die Lex Romana des westgothischen Reichs [3]).

Es war dieselbe Aufgabe, welche sich Justinian, und welche sich diese deutschen Könige gesetzt hatten. Aber wie anders ist diese Aufgabe hier, und wie anders ist sie dort gelöst worden!

Die ostgothische und die burgundische Lex Romana sind ein stammelnder Versuch, die Hauptsache dessen, was am römischen Recht als praktisch wichtig erschien, in kurzer Darstellung zur Anschauung zu bringen. Das Edictum Theodorici versucht es mit eigener Formulirung, die Lex Romana Burgundionum hat dadurch einen gewissen Vorzug, dass sie sich mehr an römische Vorlagen anschliesst. Aber in beiden Rechtsbüchern ist der Geist des römischen Rechts vollständig ausgelöscht. Wir sehen ein römisches Recht, welches nur das Gröbste des Stoffes gerettet, Alles aber, was Kunst der Behandlung, Schönheit der Form, Reichthum der Ideen bedeutet, in der grossen Feuersbrunst der Völkerwanderung verloren hat. Ein unansehnlicher, verstümmelter, rauchgeschwärzter Torso ist übrig geblieben. Keine Spur mehr von dem, was einst gross und herrlich gewesen war! Ja, das Selbstbewusstsein des römischen Rechts ist untergegangen. Die beiden Leges zeigen bereits einen starken Ansatz zur Aufnahme deutschrechtlicher Gedanken. Schon ist das germanische Recht der stärkere Theil. Es ist im Begriffe, seine Weltherrschaft anzutreten. Vor diesem römischen Recht, wie es in der ostgothischen und burgundischen Lex Romana enthalten war, brauchte es sich nicht zu fürchten. Dies römische Recht hätte nimmermehr die Welt erobert.

Einen anderen Eindruck macht die Lex Romana des Westgothenreichs, das sog. Breviarium Alarici. Spanien war in Folge seiner geographischen Lage den Verheerungen der Völkerwanderung weniger ausgesetzt gewesen als die übrigen Theile des Abendlandes. Hier und in dem Gallien südlich von der Loire, das bis zum Jahr 506 zum Westgothenreich gehörte, hatte sich die letzte Energie des lateinischen Römerthums erhalten. König Alarich konnte bei Abfassung seines Corpus Juris Romani mit ganz anderen geistigen Kräften arbeiten als Theodorich, obgleich dieser in Rom selber residirte. Daher der Unterschied zwischen

3) Neueste Ausgabe von Gust. Haenel. Berol. 1847.

dem spanisch-gallischen Corpus Juris und dem ostgothischen. Die Lex Romana Visigothorum befolgte bereits ein ähnliches System, wie es später von Justinian eingehalten wurde. Sie verzichtete auf eine selbständige Darstellung des römischen Rechts, gab vielmehr Excerpte aus den überlieferten römischen Rechtsquellen, welche im Stande waren, mit dem Stoff auch die klassische Form zu bewahren. Den Hauptheil der Lex Romana Visigothorum bildet der Codex Theodosianus (mit den posttheodosianischen Novellen) in abgekürzter Form, d. h. unter Weglassung vieler Constitutionen. Den aufgenommenen Constitutionen ist eine „interpretatio" beigefügt, welche den Gebrauch des römischen Rechts für das Westgothenreich in verständiger Weise regulirt (ein Usus modernus Pandectarum). Auf den Codex Theodosianus (die Leges) folgen Stücke aus dem Jus: die abgekürzten Institutionen des Gajus (der sog. westgothische Gajus), die Receptae Sententiae des Paulus, Stücke aus dem Codex Gregorianus und Hermogenianus, und eine Stelle aus Papinian (Ehren halber!), welche den Schluss bildet[4]).

Man sieht, dass ein ganz anderer Quellenkreis herangezogen und wiedergegeben ist als in dem ostgothischen und dem burgundischen Römerspiegel. Hier war doch wenigstens das römische Kaiserrecht in seinem besten Theil erhalten, und ein Versuch gemacht, auch Theile der klassischen römischen Jurisprudenz dem Rechtsleben zu bewahren. Die Folge war, dass die ostgothische und burgundische Rechtsaufzeichnung mit dem Untergang der Reiche, welchem sie angehörten, jede weitere praktische Bedeutung einbüssten, dass aber das Breviarium Alarici, obgleich es für Spanien selber im siebenten Jahrhundert durch die Vereinigung von Römern und Gothen unter einem einzigen Gesetzbuch (der neu bearbeiteten Lex Visigothorum) beseitigt ward, dennoch lebenskräftig im Abendlande sich erhielt. Es ward die Lex Romana des europäischen Westens, und beherrschte in dieser Eigenschaft (wenngleich vielfach nur durch das Mittel schlechter

4) In der Handschrift, in welcher die Lex Romana Burgundionum zuerst entdeckt wurde, folgte dieselbe unmittelbar (ohne Absatz) auf die Lex Romana Visigothorum, so dass die Ueberschrift des letzten Stückes der Lex Visigothorum (Papinian. lib. III responsorum) mit auf die Lex Romana Burgundionum bezogen wurde. Daher die Bezeichnung derselben als Papian (d. h. Papinian).

Auszüge) das romanische Rechtsleben in Südfrankreich und in einigen Theilen Süddeutschlands (Churräthien) bis in das 11. Jahrhundert. Italien aber hatte in Folge der (wenngleich nur vorübergehenden) Eroberung durch Justinian das oströmische Corpus Juris angenommen. So standen sich seit dem sechsten Jahrhundert das Corpus Juris des Westgothenkönigs und das Corpus Juris Justinians gegenüber, das eine im Westen, das andere im Osten vorherrschend. Welches sollte das Corpus Juris civilis der Zukunft sein?

Die Entscheidung fiel zu Gunsten des justinianischen Rechtsbuchs aus. Die Glossatorenschule, welche im 12. Jahrhundert in Italien das Studium des römischen Rechts neu belebte, nahm von dem Corpus Juris Justinians, zu dessen Geltungsgebiet Italien gehörte, ihren Ausgang, und mit dem Siegeslauf der italienischen Rechtswissenschaft verband sich der Einzug des oströmischen Corpus Juris in die abendländische Welt. Dem Corpus Juris des Barbarenkönigs ward durch das Corpus Juris des Kaisers von Byzanz der Untergang gebracht.

Es war aber nicht etwa ein weltgeschichtlicher Zufall, welcher für das oströmische Corpus Juris den Ausschlag gegeben hätte. In den äusseren Erfolgen der justinianischen Arbeit kam vielmehr ihr innerer Werth zum Ausdruck. Und dieser innere Werth bestand darin, dass die Sammlung Justinians im Stande gewesen war, der juristischen Literatur Herr zu werden, in den Auszügen des Digestenwerks den Geist römischer Rechtswissenschaft zu ergreifen und den folgenden Zeiten zu überliefern. So bedeutsam auch die Kaisergesetzgebung in die Gestaltung des praktischen Rechts eingegriffen hatte, hier lag doch nicht die Kraft römischen Rechtswesens, welche ihm die Ewigkeit verhiess. Das Unvergleichliche, was dem römischen Recht gelungen war, lag ganz allein in der kunstgemässen Behandlung der privatrechtlichen Casuistik, welche es verstanden hatte, mit den Gesetzen des Einzelfalls zugleich die Elemente und die ihnen eingeborenen Grundgesetze des Privatverkehrs überhaupt, vor Allem des obligatorischen Verkehrs zu entdecken, welche das grosse Geheimniss gelöst hatte, das freie billige Ermessen mit fester Regel, die Geltung des concreten Privatwillens mit der Bindung an die ihm unverbrüchlich innewohnenden Gesetze zu vereinbaren. Allein in den Schriften der römischen Juristen aber war dies Meisterwerk

des römischen Rechts vollbracht worden. Darum, wer die Juristen hatte, der hatte das wahre, ächte, unsterbliche römische Recht. Diesem Ergreifen und Haben der Juristen war aber nicht Jedermann gewachsen. Das sehen wir gerade an der Vergleichung des justinianischen Gesetzbuchs mit den übrigen. Auch der Redactionscommission des Königs Alarich waren die grossen Werke des Papinian, Ulpian, Paulus u. s. w. schwer und unverständlich geworden. Sie begnügte sich mit der leichten Speise, welche die „juristischen Gemeinplätze“ (receptae sententiae) des Paulus und das Institutionenlehrbuch des Gajus darboten. Auf die Kraft der römischen Jurisprudenz war damit Verzicht geleistet worden. Die Lex Romana Visigothorum ist darum in der Hauptsache nur eine Sammlung von Ukasen (Kaiserconstitutionen), weiter nichts. Auch in der Gestalt des westgothischen Corpus Juris wäre das römische Recht niemals von uns recipirt worden. Die Räthe und Professoren Justinians aber vermochten noch, die grossen Juristen zu lesen und sinngemäss zu excerpiren. In ihrem Corpus Juris allein blieb die Herrlichkeit des römischen Rechts sichtbar, die Herrlichkeit, welche sich nur zu zeigen brauchte, um die Welt zu ihren Füssen zu sehen. In dem Corpus Juris Justinians, und in ihm allein, ist das Meisterwerk römischer Rechtswissenschaft erhalten und für die Zukunft gerettet worden. Nur in der Form dieses Corpus Juris konnte das römische Recht von uns recipirt werden. Und so ist es geschehen. Auch in dieser Hinsicht leben wir noch heute von den Leistungen, welche das byzantinische Geistesleben in Bewahrung und Ueberlieferung der Schätze des Alterthums für uns vollbracht hat.

Das also war das grosse Werk, welches Justinian durch sein Corpus Juris vollendete: das Kunstwerk des römischen Rechts hatte seinen endgültigen Abschluss und zugleich eine zusammenfassende Form gefunden, die es vor dem Verderben rettete. Jetzt konnte der römische Staat untergehen: das römische Recht war in den Stand gesetzt, das römische Reich zu überdauern.

Zweiter Theil.

Dogmatischer Theil.

§ 19.

Das System des Privatrechts.

Das Privatrecht ist das machtvertheilende Gesetz des wirthschaftlichen Gemeinlebens der Menschen. Es handelt von der Herrschaft der Person über Sachen und Sachwerthe (§ 7). Das Privatrecht ist identisch mit dem Vermögensrecht.

Die Person erscheint daher im Privatrecht nur als Subject, nie als Object der Rechtsbefugniss. Das Personenrecht des Privatrechts ist identisch mit der Lehre von dem Subject der Privatrechte (d. h. Vermögensrechte); es handelt von der Vermögensfähigkeit.

Die Sache tritt umgekehrt im Privatrecht nur als Object der rechtlichen Herrschaft auf. Aber sie kann in zweifach verschiedener Weise dem berechtigten Willen unterworfen sein: unmittelbar (Sachenrechte) oder mittelbar, nämlich durch das Mittel der Handlung einer fremden Person, des Schuldners (Forderungsrechte). Die Bestimmung der Sachenrechte (z. B. des Eigenthums) ist, die Machtsphäre des Berechtigten gegenwärtig und endgültig zu erweitern: die Sachenrechte sind das Endziel des Vermögensverkehrs. Die Bestimmung der Forderungsrechte dagegen ist, durch die Handlung des Schuldners dem Gläubiger in der Zukunft eine Sache oder einen Sachwerth zuzuführen: die Forderungsrechte sind das Mittel des Vermögensverkehrs. Sachenrecht und Obligationenrecht (letzteres die Lehre von den Forderungsrechten enthaltend) handeln von den Arten der Vermögensrechte.

Aber die Vermögensrechte treten nicht blos einzeln im Verkehr auf. Die Gesammtheit des Vermögens wird von der familien-

rechtlichen Stellung seines Inhabers und vom Erbgang betroffen. Davon handeln Familienrecht und Erbrecht. Das Familienrecht entwickelt die Wirkungen der familienrechtlichen Stellung des Einzelnen auf sein Vermögen, das Erbrecht die Wirkung des Todes auf das Vermögen des Verstorbenen. Weil die Wirkungen der Familienverhältnisse auf das Vermögen durch die Natur dieser Verhältnisse bedingt sind, so pflegt mit der Darstellung der vermögensrechtlichen Wirkung der Familienverhältnisse (Familiengüterrecht) die Darstellung der Rechtssätze über die Familienverhältnisse selber (sog. reines Familienrecht) verbunden zu werden.

Das System des Privatrechts hat also drei grosse Glieder: die Lehre von der Vermögensfähigkeit (Personenrecht), die Lehre von den Vermögensbestandtheilen (Sachenrecht und Obligationenrecht) und die Lehre von der Vermögensgesammtheit (Familienrecht und Erbrecht). Der Lehre von den Vermögensbestandtheilen (Sachenrecht und Obligationenrecht), welche gewöhnlich unter dem Namen „Vermögensrecht" (im engeren Sinne) zusammengefasst wird, ist ein allgemeiner Theil, die Grundsätze entwickelnd, welche gemeinsam von allen Vermögensrechten gelten, voranzuschicken. So ergiebt sich das folgende System:

I. Personenrecht.
II. Vermögensrecht.
   1. Allgemeiner Theil.
   2. Sachenrecht.
   3. Obligationenrecht.
III. Familien- und Erbrecht.
   1. Familienrecht.
   2. Erbrecht.

In all dem Detail der Darstellung wird immer der eine Grundgedanke wiederkehren: das Privatrecht ist identisch mit dem Vermögensrecht.

Erstes Buch.

Personenrecht.

§ 20.

Begriff und Arten der Person.

Eigenthum, Forderungsrechte, Schulden haben können, das heisst für das Privatrecht: Person sein. Person im Sinn des Privatrechts ist ein vermögensfähiges Subject.

Es giebt zwei Arten von Personen (im Sinn des Privatrechts): physische und juristische Personen. Eine physische Person ist der vermögensfähige Mensch; eine juristische Person ist ein vermögensfähiges Subject, welches nicht Mensch ist (z. B. der Staat, die Stadtgemeinde). Der Mensch ist der Zielpunkt alles Rechts. Gewisse Güter sollen aber, um bestimmter Zwecke (z. B. der Staatszwecke, Gemeindezwecke) willen, der willkürlichen Verfügung aller einzelnen Menschen entzogen sein, und werden deshalb einem unsichtbaren Subject (der juristischen oder „moralischen" Person) zugeschrieben. Es giebt zwei Arten von juristischen Personen: Corporationen, d. h. vermögensfähige Vereine (z. B. Gemeinden, eine Universität, der Staat), und Stiftungen, d. h. vermögensfähige Anstalten (z. B. ein Hospital, dem die Vermögensfähigkeit verliehen worden ist).

Die Vermögensfähigkeit des Menschen beginnt erst mit seiner vollendeten Geburt. Der Rechtssatz: Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur, bedeutet nur, dass die Rechtsfähigkeit des natus sich unter Umständen nach einem Zeitpunkt bestimmt, in welchem er erst nasciturus war. Eine Erbschaft wird deshalb dem nasciturus offen gehalten, so dass der natus sie erwirbt, als wenn er schon damals (im Moment des Erbfalls) geboren gewesen wäre.

L. 7 D. de statu hom. (1, 5) (Paulus): Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.

L. 1 D. quod cujusque univ. nom. (3, 4) (Gajus): Neque societas neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur; nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coërcetur. Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt. § 1. Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.

L. 7 § 1 eod. (Ulpian): Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

Das römische Recht unterscheidet drei status (d. h. Stufen der menschlichen Rechtsfähigkeit): den status libertatis (die Menschen sind entweder Freie oder Sklaven), den status civitatis (die Freien sind entweder Bürger von Rom oder Nichtbürger), den status familiae (der römische Bürger ist entweder paterfamilias oder filiusfamilias).

L. 11 D. de cap. min. (4, 5) (Paulus): Tria sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam.

§ 21.

Der Sklav.

Die Sklaverei vernichtet den Adel der Persönlichkeit, sie setzt den Menschen rechtlich dem Thier gleich. Sklav ist ein Mensch, welcher rechtlich nicht Person, sondern Sache ist. Der Sklav ist der Willkür des Herrn preisgegeben; der Herr hat an ihm Eigenthum, dominium (Gewalt über den Leib des Sklaven). Der Wille, überhaupt die geistige Begabung des Sklaven arbeitet von Rechtswegen lediglich für den Herrn: der Herr hat über den

Sklaven eine Gewalt ähnlich wie über seinen Sohn, die potestas dominica, d. h. eine Gewalt auch über den Willen des Sklaven. Alles was der Sklav erwirbt, erwirbt er dem Herrn.

Erst die Gesetzgebung der Kaiserzeit hat der leibherrlichen Gewalt eine Schranke gezogen, um den Sklaven gegen Misshandlung, die Sklavin gegen Prostitution zu schützen.

Gaj. Inst. I § 52: In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas juris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse: et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.

L. 1 § 8 D. de off. praef. urbi (1, 12) (Ulpian.): Quod autem dictum est, ut servos de dominis querentes praefectus audiat, sic accipiemus: — si saevitiam, si duritiam, si famem, qua eos premant, si obscenitatem, in qua eos compulerint vel compellant, apud praefectum urbi exponant. Hoc quoque officium praefecto urbi a d. Severo datum est, ut mancipia tueantur, ne prostituantur.

Gaj. Inst. I § 53: ex constitutione imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur, quam qui alienum servum occiderit. sed et — — praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere.

Der Mensch wird Sklav entweder durch Geburt von einer unfreien Mutter (es genügt jedoch zu seiner Freiheit, wenn die Mutter während der Schwangerschaft auch nur einen Moment lang frei war), oder durch Kriegsgefangenschaft oder durch Strafurtheil (servus poenae, z. B. in Folge der Verurtheilung zu den Bergwerken oder zum Tod durch wilde Thiere).

Der Sklav wird frei durch die Freilassung (manumissio), d. h. durch positive Zuwendung der Freiheit seitens seines Herrn. Das altrömische Recht hat eine Reihe von Formen für die Freilassung entwickelt.

1) Die manumissio vindicta (die älteste Form) ist die Freilassung durch das Mittel der in jure cessio (vgl. oben S. 24. 25): ein Dritter nimmt den Sklaven vor dem Prätor als frei in Anspruch (vindicatio in libertatem), den Sklaven dabei mit dem Stabe (vindicta) berührend; der Herr gesteht die Freiheit zu; der Prätor erklärt den Sklaven für frei. Die Form des Processes fiel

später fort, und nur die Erklärung des Freilassungswillens vor der Gerichtsobrigkeit blieb übrig.

Ulp. fragm. tit. 1 § 7: Vindicta manumittuntur apud magistratum populi Romani, velut consulem praetoremve vel proconsulem.

L. 8 D. de manum. vind. (40, 2) (ULPIAN.): Ego cum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset.

2) Die manumissio censu, d. h. durch Eintragung in die Bürgerlisten.

3) Die manumissio testamento, d. h. durch testamentarische Zuwendung der Freiheit.

Ulp. fragm. tit. 2 § 7: Libertas et directo potest dari hoc modo: LIBER ESTO, LIBER SIT, LIBERUM ESSE JUBEO, et per fideicommissum, ut puta: ROGO, FIDEI COMMITTO HEREDIS MEI, UT STICHUM SERVUM MANUMITTAT. § 8: Is, qui directo liber esse jussus est, orcinus fit libertus; is autem, cui per fideicommissum data est libertas, non testatoris, sed manumissoris fit libertus.

4) Die manumissio in ecclesia, d. h. durch Erklärung des Freilassungswillens vor dem Bischof und der Gemeinde (seit Constantin).

Die formlose Freilassung war nach Civilrecht ungültig; nur der Prätor schützte den formlos Freigelassenen gegen die Klage des Herrn, indem er die vindicatio in servitutem in solchem Fall nicht gewährte. Die lex Junia Norbana (19 n. Chr.) gab dann dem formlos Freigelassenen latinische Freiheit (Latini Juniani, vgl. § 22), Justinian endlich verlieh ihm die gleiche Freiheit wie dem formell Freigelassenen, nämlich die Freiheit eines römischen Bürgers, falls zu der schriftlichen (per epistulam) oder mündlichen (inter amicos) Erklärung des Freilassungswillens fünf Zeugen zugezogen waren, oder der Sklav mit dem „Hut des Freien" (pileatus) an dem Leichenbegängniss des Herrn Antheil genommen hatte.

L. un. § 1 C. de Lat. lib. toll. (7, 6) (JUSTINIAN.): Sancimus itaque, si quis per epistulam servum suum in libertatem producere maluerit, licere ei hoc facere, quinque testibus adhibitis, qui post ejus litteras — suas litteras supponentes fidem perpetuam possint chartulae praebere. Et si hoc fecerit — libertas servo competat quasi ex imitatione codicilli delata, ita tamen, ut et ipso patrono vivente et libertatem et civitatem habeat Romanam. § 2. Sed etsi quis

inter amicos libertatem dare suo servo maluerit, licebit ei, quinque similiter testibus adhibitis, suam explanare voluntatem: et — servi ad libertatem producantur Romanam quasi ex codicillis similiter libertatem adipiscentes. § 5. Sed et qui domini funus pileati antecedunt — si hoc ex voluntate fiat testatoris vel heredis, fiant ilico cives Romani.

Der rechtsgültig Freigelassene (libertus) wird römischer Bürger, aber ohne die vollen Bürgerrechte. Ihm fehlen die politischen Bürgerrechte (jus suffragii und jus honorum). Noch hängt ihm der Makel seiner unfreien Geburt an. So mag er der Privatrechtsfähigkeit eines römischen Bürgers (jus commercii und jus connubii) theilhaftig sein; die Theilnahme aber an der Bürgergemeinde als regierender Körperschaft (das aktive und passive Wahlrecht) bleibt ihm verschlossen.

Die Freilassung ist eine Art von Wiedergeburt. Der Herr (patronus) tritt daher zu seinem Freigelassenen in ein vaterähnliches Verhältniss. Das Patronat besteht in dem väterlichen Erb- und Vormundschaftsrecht gegen den libertus, in einem Recht auf Ehrerbietung (wie gegen seinen Sohn), auf Alimente (falls der Patron verarmt) und auf Dienste (falls der Freigelassene sie nach der Freilassung, und nicht in einer, die Freiheit schmälernden Weise, versprach).

Auf die Kinder des Patrons vererben sich die Rechte des Patronats. Die Kinder des Freigelassenen aber sind ingenui.

Durch kaiserliche Verfügung kann der Freigelassene zum Freigeborenen (ingenuus) erklärt werden (sog. natalium restitutio). Dadurch erlischt mit den übrigen Beschränkungen seiner Freiheit auch das Patronatsverhältniss.

L. 7 § 2 D. de injur. (47, 10) (Ulpian.): Etenim meminisse oportebit, liberto adversus patronum non quidem semper, verum interdum injuriarum dari judicium, si atrox sit injuria, quam passus sit, puta si servilis; ceterum levem cohercitionem utique patrono adversus libertum dabimus.

L. 1 § 5 D. quar. rer. act. (44, 5) (Ulpian.): Quae onerandae libertatis causa stipulatus sum, a liberto exigere non possum; onerandae autem libertatis causa facta bellissime ita definiuntur, quae ita imponuntur, ut, si patronum libertus offenderit, petantur ab eo, semperque sit metu exactionis ei subjectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono praecipiente.

Schon gegen das Ende der Republik machten sich die Freigelassenen als eine zahlreiche, nicht gerade dem Gemeinwesen förderliche Klasse merklich. Nicht immer die besten Elemente waren es, deren die Herren durch Freilassung sich entledigten, und auf alle Fälle kam mit dem Sklavenblut viel fremdes Blut — griechisches, syrisches, phönicisches, jüdisches, afrikanisches Wesen — in die römische Bürgerschaft. Man sah sich deshalb nach Massregeln zur Beschränkung der Freilassung um, und verordnete z. B. die lex Aelia Sentia (4 n. Chr.), dass verbrecherische Sklaven durch Freilassung nicht römische Bürger, sondern nur dediticii (heimathlose Peregrinen, vgl. § 22) werden sollten, denen der Aufenthalt in Rom auf immer versagt blieb; zu einer vollgültigen Freilassung gehört ferner nach derselben lex Aelia Sentia, dass der Herr mindestens 20 Jahre, der Sklav mindestens 30 Jahre alt ist (fehlt etwas an dem Alter, so kann nur vindicta, also unter Mitwirkung der Gerichtsobrigkeit, und nur unter Zuziehung eines consilium von Ehrenmännern, welche sich von dem Vorhandensein besonderer Gründe für die Freilassung überzeugen, vollgültig freigelassen werden). Zum Dritten (gleichfalls nach der lex Aelia Sentia): die Freilassung, welche der insolvente Schuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger (in fraudem creditorum) vornimmt, ist ungültig. Die lex Fufia Caninia, welche für die testamentarische Freilassung gewisse Maximalgrenzen zog (ex tribus servis non plures quam duos; usque ad X dimidiam partem manumittere concessit, etc.) ist von Justinian aufgehoben (Tit I. 1, 7: de lege Fufia Caninia sublata).

Anmerkung. Verwandte Verhältnisse. Statu liber ist der im Testament unter einer Bedingung oder mit einer Fristbestimmung (erst von einem bestimmten Tage an soll er frei sein) Freigelassene. Bis zum Eintritt der Bedingung oder des Termins steht er unter Sklavenrecht; aber sowie die Bedingung erfüllt oder der Termin gekommen ist, wird er von selber (ipso jure) frei, auch wenn er inzwischen (in Folge von Veräusserung oder Verpfändung seitens des Erben, oder durch Ersitzung) in fremdes Eigenthum übergegangen wäre (seu alienetur ab herede seu usu capiatur ab aliquo, libertatis condicionem secum trahit, Ulpian. fragm. tit. 2, § 3). — Bona fide servire heisst es von dem Freien, welcher in gutem Glauben als Sklave eines Herrn lebt. So lange dieser Zustand dauert, gilt für seine Rechtsgeschäfte Sklavenrecht. — In libertate esse heisst es von dem Sklaven, welcher in gutem Glauben wie ein Freier lebt. Er steht unter Freienrecht (so lange der Zustand dauert). — Clienten waren die Schutzhörigen

des alten Rechts, der Zucht und Familiengewalt ihres Herrn bedingungslos unterworfen. Colonen sind die Grundhörigen der späteren Kaiserzeit, persönlich frei, aber dinglich unfrei, glebae adscripti (sie dürfen das Grundstück nicht verlassen, gehören zum Gut), ganz den Leibeigenen späterer Zeiten vergleichbar. Vgl. l. 1 § 1 C. de colon. Thracensib. (11, 52) (THEODOS. II.): Licet condicione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, aestimentur nec recedendi, quo velint, aut permutandi loca habeant facultatem, sed possessor eorum jure utatur et patroni sollicitudine et domini potestate.

§ 22.

Cives und Peregrini.

Civis ist der römische Bürger. Er hat die volle öffentliche Rechtsfähigkeit (jus suffragii und jus honorum) und die volle privatrechtliche Rechtsfähigkeit (jus commercii und jus connubii) des römischen Rechts. Er ist rechtsfähig nicht blos nach jus gentium, sondern auch nach jus civile: er kann eine römische Ehe schliessen, ein römisches Testament machen, römisches Eigenthum (ex jure Quiritium) haben, u. s. f. Der Peregrine (Nichtbürger von Rom, aber, mit Ausnahme der dediticii, Bürger einer anderen Gemeinde) ist dagegen vom römischen öffentlichen Recht völlig ausgeschlossen, und ist auf dem Gebiet des römischen Privatrechts (mit Einschluss des Familienrechts) nur rechtsfähig nach jus gentium. So kann der Peregrine kein echtes römisches Eigenthum (dominium ex jure Quiritium), keine römische patria potestas, keine römische eheherrliche Gewalt (manus), keine römische Tutel (Vormundschaft) haben. Er kann nicht durch mancipatio noch durch in jure cessio erwerben; er kann kein römisches Testament machen, noch in dem Testament eines römischen Bürgers zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtniss bedacht oder zum Vormund ernannt werden, noch auch nur als Zeuge an einem dieser Rechtsgeschäfte des Civilrechts sich betheiligen. Die Rechts- und Verkehrsfähigkeit nach römischem jus civile (im engeren Sinn) ist nur dem römischen Bürger zuständig.

Keineswegs, als ob der Peregine vom Testament, von der Vormundschaft, überhaupt von all jenen Rechtshandlungen und Rechtswirkungen schlechtweg ausgeschlossen gewesen wäre! Im Gegentheil, der Peregrine kann nach dem Recht seiner Gemeinde (er ist z. B. Bürger von Athen) sehr wohl testiren, Eigenthum

erwerben u. s. f. Der Bürger von Athen kann die väterliche und eheherrliche Gewalt des athenischen Rechts haben, er kann das athenische Testament machen, kann in dem Testament eines Atheners zum Erben eingesetzt werden, u. s. w., und wie der athenische Bürger von dem römischen Testament und dessen Wirkungen, genau ebenso ist der römische Bürger von dem athenischen Testament und dem Rechtserwerb aus demselben ausgeschlossen. Die alte Zeit ruht auf dem Gegensatz einander ausschliessender Gemeinden und Staaten. Der Bürger einer jeden Stadtgemeinde ist nur innerhalb seiner Gemeinde vollberechtigt, und auch die volle privatrechtliche Berechtigung hängt an der Bürgerberechtigung. Das Uebergewicht, welches das römische Recht im ganzen römischen Reich erwarb, musste aber nothwendig die besondere Rechtsfähigkeit nach athenischem oder alexandrinischem Recht u. s. w. auch für das Privatrecht entwerthen. Der Peregrine ward damit thatsächlich hinter dem römischen Bürger auch privatrechtlich zurückgesetzt. Je mehr die alte Idee der Stadtverfassung und Stadtbürgerschaft zurück und die Idee der Reichsverfassung und Reichsbürgerschaft in den Vordergrund trat, um so mehr musste dieser Zustand als Härte und Unbilligkeit empfunden werden. Hier that Caracalla den entscheidenden Schritt, indem er allen Peregrinen, welche irgend einer Gemeinde angehörten, das römische Bürgerrecht verlieh. Es blieben nur noch die peregrini dediticii, d. h. diejenigen Peregrinen deren Gemeinde vernichtet, und welche deshalb nirgends heimathberechtigt und nirgends aufenthaltsberechtigt waren.

Eine Mittelstufe zwischen Bürgern und Nichtbürgern bildeten die Latini. Die latinischen Bundesgenossen Roms, d. h. die Angehörigen der Stadtgemeinden Latiums, hatten von Alters her das gleiche Privat- und Eherecht (eben lateinisches Privat- und Eherecht, dessen Erscheinungsform lediglich das römische Recht war) wie die Römer, und besassen daher jus commercii und jus connubii. Ihnen fehlte nur (selbstverständlich) das öffentlich-rechtliche Element des Bürgerrechts (jus suffragii und jus honorum) für die römische Gemeinde. Das mächtige Interesse aber, welches sich bald an die öffentlichen Befugnisse eines römischen Bürgers knüpfte, führte dahin, dass (in Folge des Bundesgenossenkriegs) den latinischen Bundesgenossen, dann allen italischen Ge-

meinden römisches Bürgerrecht, und damit auch das öffentliche Recht eines römischen Bürgers gegeben wurde. Seitdem giebt es keine Latini alten Styls mehr (geborene Latini), sondern nur noch latinische Colonisten, Latini coloniarii (die freien Angehörigen einer mit jus Latium gegründeten Colonie, oder eines mit jus Latium bewidmeten Landes: so empfing z. B. ganz Spanien von Vespasian die latinische Freiheit), und latinische Freigelassene, Latini Juniani (S. 76). Diese beiden Arten von Latini neuen Styls (künstliche, gemachte Latini) haben nur jus commercii (kein jus connubii u. s. w.), und die Latini Juniani sogar nur das commercium unter Lebenden, nicht von Todes wegen. Der Latinus Junianus kann kein Testament machen, noch aus einem fremden Testament etwas erwerben. Stirbt der Latinus Junianus, so fällt sein Vermögen an den Herrn zurück, als ob er immer Sklav desselben geblieben wäre.

Das Privileg Caracalla's kam auch den Latini coloniarii zu Gute. Die Latini Juniani blieben jedoch (als zu keiner Gemeinde gehörig) von dem römischen Bürgerrecht ausgeschlossen.

Justinians Idee ist, den Gegensatz von jus civile und jus gentium überhaupt zu beseitigen. Dem entsprach es, dass er die Latina libertas der Juniani und die Peregrineneigenschaft der dediticii, Verhältnisse, welche in Folge der Ausgleichung des Gegensatzes von jus civile und jus gentium für das Privatrecht, welche ferner durch die Despotie und die Vernichtung der politischen Bürgerrechte auch für das öffentliche Recht längst unpraktisch geworden waren, auch formell beseitigte. Nunmehr war jeder freie Unterthan des römischen Reichs zugleich römischer Bürger. Es gab grundsätzlich nur noch den einen Gegensatz von Freien und Unfreien. Der Unterschied von cives und Nicht-cives war hinweggefallen. An Stelle der Stadtbürgerschaft war die Reichsbürgerschaft getreten, und dem Reichsbürgerthum entsprach das nunmehr einheitlich gestaltete Reichsrecht, dem Weltbürger (des römischen orbis terrarum) das Weltrecht.

Ulp. fragm. tit. 19 § 5: Commercium est emendi vendendique invicem jus.

Ulp. fragm. tit. 5 § 3: Conubium est uxoris jure ducendae facultas.

Gaj. Inst. I § 14: Vocantur autem peregrini dediticii hi, qui

quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt.

Gaj. eod. § 23: Non tamen illis (den Latini Juniani) permittit lex Junia vel ipsis testamentum facere, vel ex testamento alieno capere, vel tutores testamento dari.

Gaj. eod. III § 56: admonendi sumus — eos, qui nunc Latini Juniani dicuntur, olim ex jure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii jure ad patronos pertinere solita est; postea vero per legem Juniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Junianos; Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit atque si essent cives Romani ingenui, qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt. — Legis itaque Juniae lator — necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in injuriam patronorum converteretur, cavere voluit, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset: itaque jure quodammodo peculii ad manumissores ea lege pertinent.

§ 23.
Paterfamilias und Filiusfamilias.

Der römische Bürger ist entweder paterfamilias (Hausvater) oder filiusfamilias (Hauskind), je nachdem er einer väterlichen Gewalt unterworfen (homo alieni juris) oder nicht unterworfen ist (homo sui juris). Paterfamilias ist der homo sui juris (sei er Mann oder Weib, Kind oder erwachsen, verheirathet oder unverheirathet); filiusfamilias ist der homo alieni juris (sei er Sohn oder Tochter, Enkel oder Enkelin u. s. f.).

Für das öffentliche Recht ist der Unterschied von paterfamilias und filiusfamilias gleichgültig. Der filiusfamilias kann, wenn er nur sonst die nöthigen Voraussetzungen erfüllt, ebenso gut in den Comitien mitstimmen, ebenso gut Consul werden wie der paterfamilias.

Die Wirkung des Unterschieds beschränkt sich auf das Privatrecht. Zwar hat der filiusfamilias das jus commercii und das jus connubii gerade wie der paterfamilias, weil auch der filiusfamilias römischer Bürger ist. Der Sohn kann daher nach Civilrecht contrahiren, Eigenthumserwerbsgeschäfte vornehmen, im

Testament zum Erben eingesetzt werden, eine vollgültige Ehe eingehen, u. s. f. Aber: was der filiusfamilias erwirbt, erwirbt er dem paterfamilias: das Eigenthum, das Forderungsrecht, ja auch die eheherrliche Gewalt über seine Ehefrau, die väterliche Gewalt über seine Kinder wird nicht ihm, sondern seinem paterfamilias erworben. Im römischen Hause giebt es nach altem Recht nur ein einziges Eigenthum, das des Hausvaters, nur eine einzige eheherrliche, väterliche Gewalt, die des Hausvaters. Lediglich seine Schulden erwirbt das Hauskind sich selbst. Der filiusfamilias ist des passiven Vermögens fähig, des activen Vermögens unfähig.

Allmälig aber ist im Lauf der Kaiserzeit dem filiusfamilias auch die active Vermögensfähigkeit zugestanden worden. Zuerst den Soldaten. Der filiusfamilias miles erwirbt Alles, was er als Soldat erwirbt, sich selber, nicht seinem Vater (bona castrensia). Dann ward auch dem öffentlichen Dienst dasselbe Privileg gegeben. Was der filiusfamilias im öffentlichen Amt, oder in der Advocatur, oder durch kaiserliche Zuwendung erhielt, erwarb er sich selber, nicht dem paterfamilias (bona quasi castrensia). Endlich ward überhaupt jedem filiusfamilias Erwerbsfähigkeit gegeben: was er nicht vom Vater, sondern von der Mutter oder sonst von einem Dritten erwirbt, fällt in das Eigenthum des filiusfamilias: dem Vater wird an solchem Vermögen nur ein Verwaltungs- und Niessbrauchsrecht gegeben (bona adventicia). So ist nach Justinianischem Recht das Hauskind nur noch unfähig, vom Vater etwas zu erwerben. Was das Hauskind vom Vater empfängt, bleibt Eigenthum des Vaters, auch wenn dem filius familias die Verfügung darüber eingeräumt ist (peculium profectitium). Vgl. unten § 88.

L. 195 § 2 D. de V. S. (50, 16) (Ulpian.): Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patremfamilias appellamus, et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo, qui emancipatus est: nam et hic sui juris effectus propriam familiam habet.

Gaj. Inst. II § 87: Igitur, quod liberi nostri. quos in potestate habemus, — mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.

§ 24.

Capitis deminutio.

Capitis deminutio ist die Zerstörung der Persönlichkeit (des caput). Nach der capitis deminutio ist der alte Mensch nicht mehr da, sondern ein anderer Mensch, welcher mit dem vorigen Menschen von Rechtswegen nichts gemein hat. Solche Zerstörung der Persönlichkeit ist auf dreifache Weise möglich: durch Verlust des status libertatis (maxima c. d.), durch Verlust des status civitatis (media oder magna c. d.), durch Ausscheiden aus der Agnatenfamilie (minima c. d.).

Durch Verlust der Freiheit erleidet man die maxima capitis deminutio. Auch der römische Bürger kann Sklav werden, sei es durch Strafurtheil oder durch Kriegsgefangenschaft. Aber der römische Bürger kann aus der Kriegsgefangenschaft zurückkehren. In demselben Augenblick, wo er zurückkommt, ist er wieder römischer Bürger, und hat er wieder alle die Rechte, welche er durch seine deminutio verloren hatte, und zwar als ob er sie niemals verloren gehabt hätte. Er ist wieder der Ehemann seiner Frau, der Vater seiner Kinder, der Eigenthümer seiner Sachen, der Gläubiger seiner Schuldner, der Schuldner seiner Gläubiger, d. h. er ist Subject aller der Rechtsverhältnisse, welche durch die Kriegsgefangenschaft für ihn aufgehoben waren, als wenn er niemals kriegsgefangen gewesen wäre. Darin besteht das sog. jus postliminii. Aber wie, wenn der römische Bürger nicht zurückkehrt, sondern in der Kriegsgefangenschaft verstirbt? Dann ist ein servus gestorben, kein civis Romanus. Sein Testament ist also ungültig, was er vor der Kriegsgefangenschaft zu Hause errichtete? Ja, kann er überhaupt beerbt werden, da ja ein servus nicht beerbt werden kann? Allen diesen Schwierigkeiten half die fictio legis Corneliae ab: stirbt der Römer in der Kriegsgefangenschaft, so wird es so gehalten, als ob er im Augenblick der Gefangennahme gestorben wäre.

§ 5 I. quib. mod. jus pot. solv. (1, 12); Postliminium fingit, eum, qui captus est, semper in civitate fuisse.

L. 16 D. de captiv. (49, 15) (Ulpian.): Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.

L. 12 D. qui test. fac. (28, 1) (Julian.): Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non pervenissent; et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet.

L. 18 D. de captiv. (49, 15) (Ulpian.): In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.

Durch Verlust des römischen Bürgerrechts (unter Beibehaltung aber der Freiheit) wird die media (oder magna) capitis deminutio erlitten: ein römischer Bürger geht z. B. in eine latinische Colonie über. Die media capitis deminutio ist im justinianischen Recht (da für den Reichsangehörigen Freiheit und römisches Bürgerrecht zusammengefallen sind) nur noch in der Form der Ausstossung aus dem Reichsverbande (Verbannung) möglich.

§ 2 I. de cap. min. (1, 16): Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur. Quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est.

Das Ausscheiden aus der agnatischen Familie bewirkt gleichfalls eine capitis deminutio, eine Zerstörung der Persönlichkeit. In der Familie beruht Wesen und Geltung der Persönlichkeit. Aenderung der Familie ist Aenderung der Persönlichkeit, ist Aufhebung der früheren Persönlichkeit und Erzeugung einer neuen.

Die Familie im Rechtssinn ist aber nach römischem Civilrecht nicht das, was wir heute Familie nennen: die Gesammtheit derer, welche durch die Bande der Blutsverwandtschaft verbunden sind, welche also demselben Stamme angehören. Die römische Familie (nach jus civile) ist vielmehr die Gesammtheit derer, welche demselben Hause angehören, welche derselben einen hausherrlichen Gewalt (patria potestas) unterworfen sind, oder doch unterworfen sein würden, wenn der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Das heisst Agnation. Und nur die Agnation ist die Verwandtschaft des Civilrechts, nicht die Blutsverwandtschaft

(Cognation). Die Familie des römischen Civilrechts ist die Agnatenfamilie (vgl. unten § 78). Und diese Agnatenfamilie hat die Eigenthümlichkeit, dass man sie wechseln kann. Die Blutsverwandtschaft ist der Aufhebung unfähig, und für die Cognatenfamilie (Familie in unserem Sinn) giebt es daher keine Aenderung. Aber aus der Agnatenfamilie kann man ausscheiden, weil man aus dem Hause (der Gemeinschaft derer, welche durch hausherrliche Gewalt verbunden sind) ausscheiden kann. So geschieht es also der Tochter, welche sich verheirathet und in die eheherrliche (hausherrliche) Gewalt ihres Ehemannes (oder dessen, welcher die patria potestas über ihren Ehemann hat) eintritt, sog. in manum conventio. Mit der hausherrlichen Gewalt hat sie ihre Familie (die Agnatenfamilie), den Kreis ihrer Verwandtschaft (die Agnatenverwandtschaft), und damit ihr ganzes persönliches Sein verändert. Ebenso geschieht es dem Haussohn, welcher in Adoption gegeben wird (datio in adoptionem), dem homo sui juris, welcher sich von einem Andern adoptiren lässt (arrogatio), auch dem Hauskinde, welches vom Vater aus der väterlichen Gewalt entlassen wird (emancipatio). Obgleich der emancipatus seine äussere Stellung verbessert, insofern er aus einem filiusfamilias jetzt ein paterfamilias wird, erleidet er doch eine capitis deminutio, weil mit der Agnation seine bisherige Persönlichkeit zerstört und eine neue geschaffen worden ist.

So ist also die minima capitis deminutio das Ausscheiden aus der Agnation, und sie hat vier Anwendungsfälle: die in manum conventio, die datio in adoptionem, die arrogatio und die emancipatio.

Mit der zerstörenden Wirkung auch der capitis deminutio minima hängt zusammen: der Untergang der Schulden des capite minutus (nach Civilrecht; der Prätor aber gab dann später durch in integrum restitutio dem Gläubiger die Klagen wieder) und der Untergang der dem capite minutus zuständig gewesenen Personalservituten, d. h. solcher Rechte an fremden Sachen, welche ihm auf Lebenszeit zugewandt gewesen waren (vgl. unten § 56).

Gaj. Inst. I § 162. Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur. Quod accidit in his, qui adoptantur, item in his, quae coemptionem faciunt,

et in his, qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur: adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur.

L. 11 D. de cap. min. (4, 5) (PAULUS): Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem. Cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.

§ 25.
Ehrenminderung.

Die Ehre ist zunächst ein gesellschaftlicher Begriff. Ehre hat, wer in der Gesellschaft für voll gilt. Die Gesellschaft spricht dem Ehre zu, welcher ihren Anschauungen gemäss handelt. Die Zuerkennung der Ehre, die Aberkennung der Ehre (der gesellschaftlichen Geltung) ist das Zwangsmittel der Gesellschaft, um nicht blos Gebote des Rechts und der Sittlichkeit, sondern gerade auch der blossen Sitte (welche unter Umständen mit Recht und Sittlichkeit in Widerspruch stehen können) gegen den Einzelnen durchzusetzen. Indem die Anforderungen der Gesellschaft an das Verhalten des Einzelnen für die verschiedenen Kreise der Gesellschaft sich specialisiren, spricht man von einer besonderen Standesehre, von einer studentischen Ehre, von einer Officiersehre u. s. f.

Die Rechtssätze über die bürgerliche Ehre bedeuten die Wirkung gesellschaftlicher Verhältnisse, Anschauungen auf das Recht. Das Recht giebt dem gesellschaftlichen Urtheil in gewissem Masse nach, und lässt einen Mann, der in der Gesellschaft nicht für voll gilt, unter Umständen auch vor dem Gesetz nicht für voll gelten. Bürgerliche Ehre (Ehre im Rechtssinn) ist die volle Geltung vor dem Gesetz. Ehrenminderung (im Rechtssinn) ist die Minderung der vollen Geltung vor dem Gesetz.

Die bürgerliche Ehre eines civis Romanus kann vernichtet werden (consumtio existimationis) durch maxima oder media capitis deminutio; sie kann auch blos gemindert werden (minutio

existimationis). Das Letztere versteht man unter Ehrenminderung im technischen (engeren) Sinn. Ehrenminderung ist die Minderung der bürgerlichen Ehre, welche ohne capitis deminutio, ohne Zerstörung der bisherigen Persönlichkeit eine blosse Minderung ihrer persönlichen Geltung vor dem Gesetz herbeiführt.

Nach römischem Civilrecht tritt eine Ehrenminderung nur ein 1) in den durch Volksgesetze bestimmten [1]) Fällen, 2) durch die censorische Rüge. Auch an dieser Stelle aber ist das Civilrecht durch das jus honorarium überflügelt worden. Gegen Ende der Republik hörte die Censur auf, in alter Weise zu functioniren. Die entstehende Lücke ward durch den Prätor ausgefüllt: das prätorische Edict stellte die Fälle der Ehrenminderung (infamia) fest. Es waren namentlich zwei Gruppen von Fällen, welche sich gegenübertraten: entweder trat die Infamie mit der ehrenstrafwürdigen Handlung sofort von selber (ipso jure) ein, sog. infamia immediata (z. B. in den Fällen des ehrlosen Gewerbes, der ehrlosen Entlassung aus dem Soldatenstand, doppelter Ehe und doppelten Verlöbnisses), oder sie trat nur ein, nachdem ein gerichtliches Urtheil den Betreffenden wegen der ehrenstrafwürdigen Handlung verurtheilt hatte, sog. infamia mediata. Vor Allem hatte jedes peinliche Urtheil (zu Leibes-, Lebens-, Freiheitsstrafe) zugleich Infamie zur Folge, dann aber auch gewisse Civilurtheile, insbesondere wenn Jemand wegen ehrloser Pflichtverletzung (als Vormund, Gesellschafter, Depositar, Mandatar) auf Civilklage hin verurtheilt worden war.

In der Natur der Sache liegt aber, dass jede Codification des Ehrenrechts als unvollkommen sich erweist. Es musste daher dem römischen Richter frei stehen, auch solche Fälle von Ehrlosigkeit zu berücksichtigen, welche nicht im prätorischen Edict genannt waren. So ergaben sich zwei Arten der Ehrenminderung (minutio existimationis): 1) die Infamie, deren Voraussetzungen von Rechtswegen, nämlich durch das prätorische Edict, feststanden, einerseits, und 2) die sog. turpitudo (Verächtlich-

---

1) So hiess es z. B. in den zwölf Tafeln (VIII, 22): Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto.

keit), über deren Voraussetzungen nicht von Rechtswegen, sondern nur auf Grund des Urtheils der öffentlichen Meinung, also des Urtheils der Gesellschaft für jeden Einzelfall das freie richterliche Ermessen entschied.

Beide Arten der Ehrenminderung haben zur Folge die Zurücksetzung der ehrlosen Persönlichkeit nach Massgabe richterlichen Ermessens (so z. B. beim Zeugniss, bei der Ernennung zum Vormund, bei Zulassung der querela inofficiosi testamenti zu Gunsten übergangener Geschwister, vgl. § 100). Die Infamie hat ausserdem als besondere Wirkung zur Folge: den Verlust des jus suffragii und des jus honorum, die Beschränkung des jus connubii (die Ehe zwischen Infamen und Freigeborenen ward verboten, vgl. § 86), und den Verlust des Rechts, für Andere Anträge vor Gericht zu stellen (jus postulandi). Alle diese besonderen Wirkungen der Infamie sind jedoch bereits für das justinianische Recht nicht mehr vorhanden[2]). Im justinianischen Recht tritt für den Infamen wie für den turpis nur die eine Wirkung der Zurücksetzung (soweit die Persönlichkeit als solche in Frage kommt) nach Massgabe richterlichen Ermessens ein.

L. 5 § 2 D. de extr. cogn. (50, 13) (Callistratus): Minuitur existimatio, quotiens, manente libertate, circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur. § 3. Consumitur vero, quotiens magna capitis minutio intervenit.

L. 1 D. de his qui not. inf. (3, 2): Praetoris verba dicunt: INFAMIA NOTATUR, QUI AB EXERCITU IGNOMINIAE CAUSA AB IMPERATORE EOVE, CUI DE EA RE STATUENDI POTESTAS FUERIT, DIMISSUS ERIT; QUI ARTIS LUDICRAE PRONUNTIANDIVE CAUSA IN SCAENAM PRODIERIT; QUI LENOCINIUM FECERIT; QUI IN JUDICIO PUBLICO CALUMNIAE PRAEVARICATIONISVE CAUSA QUID FECISSE JUDICATUS ERIT; QUI FURTI, VI BONORUM RAPTORUM, INJURIARUM, DE DOLO MALO ET FRAUDE SUO NOMINE DAMNATUS PACTUSVE ERIT; QUI PRO SOCIO, TUTELAE, MANDATI, DEPOSITI SUO NOMINE NON CONTRARIO JUDICIO DAMNATUS ERIT; QUI EAM, QUAE IN POTESTATE EJUS ESSET GENERO

2) Das jus suffragii und das jus honorum war unpraktisch geworden, das Eheverbot abgeschafft, über die Zulassung zu Anträgen vor Gericht sollte das richterliche Ermessen frei entscheiden (§ 11 I. de except. 4, 13).

MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESSE SCIRET, INTRA ID TEMPUS, QUO ELUGERE VIRUM MORIS EST, ANTEQUAM VIRUM ELUGERET, IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, EAMVE SCIENS QUIS UXOREM DUXERIT NON JUSSU EJUS, IN CUJUS POTESTATE EST; ET QUI EUM, QUEM IN POTESTATE HABERET, EAM, DE QUA SUPRA COMPREHENSUM EST, UXOREM DUCERE PASSUS FUERIT; QUIVE SUO NOMINE NON JUSSU EJUS, IN CUJUS POTESTATE ESSET, EJUSVE NOMINE, QUEM QUAMVE IN POTESTATE HABEBET, BINA SPONSALIA BINASVE NUPTIAS IN EODEM TEMPORE CONSTITUTAS HABUERIT.

Zweites Buch.

Vermögensrecht.

Erstes Kapitel.

Allgemeiner Theil.

§ 26.

Einleitung.

Die Person ist vermögensfähig. Der Umkreis ihrer Vermögensfähigkeit wird durch das Folgende, die Lehre von den Vermögensverhältnissen, sich bestimmen.

Gewisse Rechtssätze gelten von allen Vermögensrechten gleichermassen, nämlich die Rechtssätze über Rechtsgeschäfte einerseits (durch Rechtsgeschäfte können Vermögensrechte begründet, verändert, aufgehoben werden), und die Rechtssätze über den Rechtsschutz andererseits. Von diesen Rechtssätzen, welche den allgemeinen Theil des Vermögensrechts ausmachen, ist zunächst zu handeln.

I. Die Rechtsgeschäfte.

§ 27.

Begriff und Arten des Rechtsgeschäfts.

Wir machen die Wahrnehmung, dass für den Eintritt eines rechtlichen Erfolges der Wille des betheiligten Subjects bald gleichgültig (so bei der Klagverjährung), bald erheblich ist, und zwar ist er entweder in dem Sinn erheblich, dass das Recht diesem Willen widersprechen will (so in den Fällen des Delicts),

oder in dem Sinn, dass das Recht diesem Willen entsprechen will (so in den Fällen des Rechtsgeschäfts). Die Rechtsgeschäfte des Privatrechts dienen dem Willen der Privatperson, um gewisse vermögensrechtliche Erfolge herbeizuführen. Das Rechtsgeschäft des Privatrechts ist die gemäss ihrer Absicht rechtlich relevante Willenserklärung der Privatperson. Und zwar kommt in dem Rechtsgeschäft entweder der Wille nur einer Person zum Ausdruck und zur Geltung (sog. einseitige Rechtsgeschäfte), oder der übereinstimmende Wille mehrerer Personen (sog. zweiseitige Rechtsgeschäfte oder Verträge).

Ein einseitiges Rechtsgeschäft ist z. B. das Testament.

Verträge im Rechtssinn sind, wie aus dem Obigen sich ergiebt, rechtlich relevante Consenserklärungen.

Der Consens, welcher den Vertrag hervorbringt, kann den verschiedensten Inhalt haben. Er kann auf Erzeugung eines Schuldverhältnisses (obligatorische Verträge oder Contracte), oder auf die Erzeugung eines anderen Rechtsverhältnisses, z. B. des Eigenthums oder eines Pfandrechts, gerichtet sein (sog. dingliche Verträge).

L. 1 § 2 D. de pactis (2, 14) (Ulpian.): Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.

§ 28.

Der Thatbestand des Rechtsgeschäfts.

Der Thatbestand eines Rechtsgeschäfts (Kauf, Miethe u. s. w.) ist Willenserklärung. Also zwei Thatbestandsmomente: 1) Wille, 2) Erklärung.

I. Der Wille. Wenn der Wille in Folge von Willensunfähigkeit des Erklärenden (er ist z. B. wahnsinnig) oder sonst in erkennbarer Weise fehlt, so kommt kein Rechtsgeschäft zu Stande. So im Fall der Simulation, d. h. der beiderseitigen Absicht der Paciscenten, etwas Anderes zu wollen als erklärt wird (es wird z. B. ein Kauf erklärt, aber Beide sind darüber einverstanden, dass eine Schenkung gemeint ist). Ebenso in Fällen, wo des Scherzes oder des Unterrichts wegen oder sonst in erkennbarer Weise ohne wirkliche Absicht rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben sind. Die gleiche Wirkung hat der Irr-

thum, welcher (in erkennbarer Weise) bewirkt, dass etwas Anderes erklärt als gewollt ist.

Liegt jedoch eine unzweideutige Erklärung und eine unerkennbare Abweichung des inneren Willens von der Erklärung vor, so kann unter Umständen das Rechtsgeschäft trotzdem gültig sein. Der klassische Fall dieser Art ist die Mentalreservation, d. h. der Fall der einseitigen Absicht eines Paciscenten, etwas Anderes zu wollen als erklärt wird. Ebenso kann auch die unbeabsichtigte Abweichung des Willens von der Erklärung in solchem Fall unerheblich sein, d. h. trotzdem die erklärungsgemässe Haftung hervorbringen. Man denke z. B. an den Fall, dass Jemand in einer Wirthschaft Nahrungsmittel genossen hat und hinterher (vielleicht der Wahrheit gemäss) erklärt, er habe den Preis der genossenen Getränke oder Speisen für niedriger gehalten.

II. Die Erklärung ist die Mittheilung des rechtsgeschäftlichen Willens an den Anderen, welcher der Adressat der Willenserklärung ist. Nicht also jede Mittheilung, sondern nur die Erklärung an den anderen, am Rechtsgeschäft Betheiligten (an die Zeugen beim Testament, an den Vertragsgegner bei Verträgen) erzeugt das Rechtsgeschäft. Die Form der Erklärung ist für einzelne Rechtsgeschäfte von der Rechtsordnung vorgeschrieben, welche dann nur in dieser bestimmten Form gültig errichtet werden können (z. B. das Testament). Solche Rechtsgeschäfte mit vorgeschriebener Form heissen formelle Rechtsgeschäfte. Die meisten Rechtsgeschäfte sind jedoch formlos, d. h. die Erklärung des Willens kann in beliebiger Form, schriftlich oder mündlich, durch einen Boten oder einen Brief, oder sonst wie, ja auch ohne direct in Worte gekleidet zu sein (sog. stillschweigende Willenserklärung) gültig vollbracht werden, es genügt für das formlose Rechtsgeschäft, dass der Wille irgendwie erklärt ist.

L. 3 D. de reb. dub. (34, 5) (Paulus): In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat, quod volumus. Itaque, qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.

L. 9 pr. D. de her. inst. (28, 8) (Ulpian.): Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans,

veluti 'frater meus', 'patronus meus', placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est.

L. 57 D. de O. et A. (44, 7) (POMPONIUS): In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit.

§ 29.

Die Motive des Rechtsgeschäfts.

Die Beweggründe, aus welchen das Rechtsgeschäft hervorgeht, sind im Allgemeinen gleichgültig und also auch gleichgültig, ob der Handelnde durch das Rechtsgeschäft die Zwecke erreichte, welche er verfolgte (er hatte z. B. gedacht, das gekaufte Buch handle von Schiessgewehren, während es in Wirklichkeit von der „Gewere“, d. h. von dem Besitz des deutschen Rechts, handelt). Falsa causa non nocet.

Ausnahmsweise aber sind die Motive dennoch relevant, und zwar in vier Fällen: in den Fällen des metus, des dolus, des sog. error in substantia, und der Schenkung.

I. Der Fall des metus ist der Fall eines durch (erhebliche) Drohung erzwungenen Rechtsgeschäfts. Die Drohung (sog. vis compulsiva, im Gegensatz zu der körperlichen Gewalt, vis atrox oder vis absoluta) war auf den Abschluss dieses Rechtsgeschäfts gerichtet, z. B. auf die Eigenthumsübertragung oder auf die Ausstellung eines Zahlungsversprechens. In solchem Fall ist das Rechtsgeschäft nach römischem Civilrecht gültig und vollwirksam zu Stande gekommen; der Prätor aber giebt dem Bedrohten Rechtsmittel, um die Wirkungen des erzwungenen Rechtsgeschäfts zu beseitigen: die actio quod metus causa (eine Rückforderungsklage gegen Jeden, welcher gegenwärtig aus dem erzwungenen Rechtsgeschäft bereichert ist) und die exceptio quod metus causa (eine Einrede, falls ich aus dem Rechtsgeschäft verklagt werde). Auch kann propter metum die in integrum restitutio (§ 43) ertheilt werden.

L. 1 pr. D. quod met. c. (4, 2): Ait Praetor: QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO.

L. 14 § 3 D. eod. (Ulpian.): In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.

II. Der Fall des dolus ist der Fall des durch absichtliche Täuschung (Betrug) seitens des Vertragsgegners hervorgebrachten Rechtsgeschäfts. Der eine Paciscent ist durch den anderen Paciscenten betrogen worden. Auch in solchem Fall war das Rechtsgeschäft nach Civilrecht gültig und vollwirksam, aber der Prätor gab gegen den Betrüger Rechtsmittel, um die Wirkungen des Rechtsgeschäfts aufzuheben: die (jedoch nur subsidiär, wenn keine andere Klage zuständig ist, gegebene) actio de dolo (nur gegen den Betrüger selbst, bezw. gegen dessen Erben, nicht gegen den Dritten, welcher aus dem Geschäft einen Vortheil hat), um allen Schaden aus dem Geschäft ersetzt zu verlangen (wozu nach Umständen auch das Rückgängigmachen des Geschäfts gehören kann), und die exceptio doli, um sich gegen die Klage des Betrügers (oder seines Rechtsnachfolgers) aus dem Geschäft zu vertheidigen. Auch giebt es eine in integrum restitutio propter dolum (§ 43).

L. 1 § 1 D. de dolo (4, 3): Verba autem edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, judicium dabo.

III. Der sog. error in substantia ist ein Irrthum über eine wesentliche Eigenschaft des Vertragsgegenstandes, über eine solche Eigenschaft, welche die Sache für den Verkehr zu einer anderen macht (ein vergoldetes Gefäss wird für ein massiv goldenes, Essig für Wein, eine Sklavin für einen Sklaven gehalten). Der Gegenstand des Vertrags ist individuell bezeichnet. Beide Parteien meinen genau das gleiche Individuum. Der Consens über den Vertragsgegenstand (consensus in corpore) ist da. Der Fall des sog. error in substantia ist also der Gegensatz des sog. error in corpore (wo beide Theile einen verschiedenen Vertragsgegenstand im Auge haben, also der Consens fehlt). Aber der eine Paciscent setzt (in erkennbarer Weise) bei dem Vertragsobject eine wesentliche Eigenschaft voraus (vielleicht indem der Andere es gleichfalls nicht besser weiss, und daher auch ohne Betrug von Seiten des Andern), welche dem

Gegenstande abgeht. Sein Irrthum ist ein Irrthum im Motiv, ein Irrthum, welcher den nöthigen Willen, den Consens, d. h. das Rechtsgeschäft hervorbringt, gerade wie in den vorigen Fällen der metus, der dolus. Das Rechtsgeschäft ist da, und der Grundsatz lautet auch hier, dass das Rechtsgeschäft gültig und vollwirksam ist (falsa causa non nocet). Aber ausnahmsweise kann, wenn der error in substantia entschuldbar war, das zweiseitig obligatorische Rechtsgeschäft (z. B. der Kauf) auf Grund eines solchen error in substantia von Seiten des Irrenden angefochten werden. Der error in substantia ist also bei weitaus den meisten Rechtsgeschäften (z. B. Tradition, Verpfändung, Schenkungsversprechen, Depositum, Commodat u. s. w.) für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts unerheblich, wie überhaupt die Motive unerheblich sind. Er ist erheblich nur bei obligatorischen Rechtsgeschäften mit gegenseitigem Leistungsversprechen (Kauf, Miethe u. dgl.), und zwar nicht als ob dieselben nichtig wären, auch nicht als ob ein besonderes Rechtsmittel zu ihrer Anfechtung gegeben wäre, sondern lediglich insofern ein solcher error in substantia kraft der bona fides, welche jene Rechtsgeschäfte regiert, nothwendig die Wirkungen derselben modificiren muss (nach Civilrecht, d. h. ipso jure, nicht erst nach prätorischem Recht). Wenn ich entschuldbarer Weise eine Flasche Gift gekauft habe, wo ich erkennbarer Weise eine Flasche Wein kaufen wollte, so verlangt die bona fides, welche den Kauf regiert, dass ich nicht schlechtweg zur Zahlung des Preises verurtheilt werde, sondern Auflösung des Kaufvertrags fordern kann, falls nicht auf Seiten des Anderen Umstände vorliegen, welche diese Behandlung des Falls als unbillig erscheinen lassen. Aus dem Kauf wird eben, wie überhaupt aus solchen zweiseitig obligatorischen Geschäften, nicht schlechtweg das Versprochene, sondern vielmehr nur (aber auch Alles) geschuldet, was die bona fides, d. h. Treue und Glauben im Verkehr, mit sich bringt (§ 63).

IV. Schenkung (donatio) ist die Vermögenszuwendung aus Liberalität. Schon das altrömische Recht hatte (durch die lex Cincia v. J. 204 v. Chr.) die Schenkungen beschränkt. Im Justinianischen Recht gelten für die Vermögenszuwendung, welche schenkungshalber gemacht wird, um dieses Motivs willen folgende Rechtssätze:

1) Die Schenkung unter Ehegatten ist nichtig.

2) Die Schenkung bedarf, wenn sie ein gewisses Mass überschreitet, zur Gültigkeit für das Plus, der gerichtlichen Insinuation, d. h. der Erklärung des Schenkungswillens vor Gericht. Das Mass ist von Justinian auf 500 solidi (4666 M. 67 Pf.) angesetzt worden.

3) Das Geschenkte kann wegen groben Undankes (Lebensnachstellung, grobe Injurien) zurückgefordert werden.

Die mortis causa donatio, d. h. die Schenkung, welche erst dadurch definitiv wird, dass der Beschenkte den Schenkgeber überlebt, steht in Bezug auf die namhaft gemachten Rechtssätze und auch noch in mancher andern Hinsicht nicht unter Schenkungsrecht, sondern unter Vermächtnissrecht (§ 105).

L. 1 pr. D. de donat. (39, 5) (JULIAN.): Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur.

§ 1 I. de donat. (2, 7): Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit: sin autem supervixisset, qui donavit reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia — —; a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur —. Et in summa, mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem suum.

§ 30.

Die Clauseln des Rechtsgeschäfts.

Die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäfts können durch Nebenberedung der Parteien modificirt werden. Darin besteht das Wesen des clausulirten Rechtsgeschäfts. Drei Arten von Clauseln sind von besonderer Bedeutung: Bedingung (conditio), Termin (dies) und Auflage (modus).

I. Die Bedingung ist eine zukünftige ungewisse Thatsache, von deren Eintritt die Parteien die Wirkungen des Rechts-

geschäfts abhängig machen, entweder den **Beginn** der Wirkungen (sog. **Suspensivbedingung**) oder die **Beendigung** der Wirkungen (sog. **Resolutivbedingung**). Mit Eintritt der Suspensivbedingung treten die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäfts ipso jure (von selber) ein (der Eigenthumserwerb, die Schuldverpflichtung). Mit Eintritt der Resolutivbedingung hören die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäfts ipso jure auf.

Keine Bedingungen im Rechtssinn sind die conditiones in praesens vel in praeteritum relatae, die unmöglichen und die nothwendigen Bedingungen. Hier tritt niemals der Zustand der Ungewissheit ein, welcher das Eigenthümliche des bedingten Rechtsgeschäfts ausmacht.

§ 4 I. de V. O. (3, 15): Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit vel non fuerit, stipulatio committatur, veluti: SI TITIUS CONSUL FUERIT FACTUS, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES?

§ 6 eod.: Conditiones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti: SI TITIUS CONSUL FUIT, VEL SI MAEVIUS VIVIT, DARE SPONDES?

L. 9 § 1 D. de novat. (46, 2) (ULPIAN.): Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari.

II. **Termin** (dies) ist ein zukünftiges **gewisses** Ereigniss, mit welchem die Wirkungen des Rechtsgeschäfts entweder erst **anfangen** (dies a quo) oder **aufhören** sollen (dies ad quem).

§ 2 I. de V. O. (3, 15): Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat, non potest.

III. **Auflage** (modus) ist die Verwendungsbestimmung, welche einer Schenkung oder letztwilligen Zuwendung hinzugefügt ist. Sie verpflichtet den Bedachten, die Bestimmung des Zuwendenden innezuhalten.

L. 17 § 4 D. de cond. et dem. (35, 1) (GAJUS): Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel eo, ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.

L. 80 eod. (SCAEVOLA): — nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: SI MONUMENTUM FECERIT, et eum, cui datum est, UT MONUMENTUM FACIAT.

§ 31.

Die Handlungsfähigkeit.

Handlungsfähigkeit im weiteren Sinn ist die Fähigkeit, in rechtlich erheblicher Weise zu handeln. Nur die Handlung eines Handlungsfähigen kommt für das Recht als Handlung, d. h. als Aeusserung eines (sei es erlaubten, sei es unerlaubten) Willens in Betracht.

In einem engeren Sinn (und in diesem Sinn spielt der Begriff der Handlungsfähigkeit im Privatrecht eine Rolle) ist Handlungsfähigkeit die Fähigkeit zu einer bestimmten Art von Handlungen, nämlich die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschliessen. Es giebt drei Stufen dieser Handlungsfähigkeit:

I. Vollkommen handlungsunfähig, d. h. zu keinem Rechtsgeschäfte fähig, sind: 1) der infans, d. h. das Kind bis zum vollendeten siebenten Lebensjahre; 2) der furiosus, der Geisteskranke.

II. Unvollkommen handlungsfähig, d. h. zu einigen Rechtsgeschäften fähig, zu anderen unfähig, sind: 1) der impubes (der Knabe bis zum vollendeten 14., das Mädchen bis zum vollendeten 12. Lebensjahr); 2) der prodigus (der unter Verschwendervormundschaft gesetzte Verschwender). Nach altrömischem Recht waren auch die Frauen nur unvollkommen handlungsfähig.

Der unvollkommen Handlungsfähige ist fähig, durch seine Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) zu erwerben, nicht aber fähig, durch seine Willenserklärungen zu veräussern oder sich zu verpflichten. Schliesst er ein Geschäft ab, welches zugleich berechtigt und verpflichtet (er empfängt z. B. ein Darlehn), so erwirbt er, ohne klagbar verpflichtet zu werden. Ist das Geschäft auf Leistung und Gegenleistung gerichtet (wie z. B. beim Kauf) so erwirbt er das Recht auf die Leistung, ohne auf die Gegenleistung verklagt werden zu können (sog. negotia claudicantia).

An Stelle des unvollkommen Handlungsfähigen kann sein Vormund handeln. Oder: es kann der impubes das Veräusserungs- oder Verpflichtungsgeschäft unter präsenter Beihülfe des Vormundes (tutoris auctoritatis interpositio) selbst vollziehen (§ 90).

pr. I. de auct. tut. (1, 21): Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria: ut ecce, si quid dari sibi stipuletur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit, meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore. Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, ut in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

§ 2 eod. Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit; post tempus vero aut per epistulam interposita auctoritas nihil agit.

L. 6 D. de V. O. (45, 1) (Ulpian.): Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.

Ulp. fragm. tit. 11 § 27: Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipii alienent.

III. Vollkommen handlungsfähig, d. h. zu allen Rechtsgeschäften fähig, sind alle Uebrigen, also nach römischem Recht auch die puberes minores XXV annis (die Minderjährigen, welche die Pubertät bereits erlangt haben). Doch kann der Minderjährige einen curator erbitten, und der minor curatorem habens ist trotz seiner vollkommenen Handlungsfähigkeit doch dispositionsunfähig, d. h. die Verwaltung seines Vermögens ist auf den Curator übertragen, der Minderjährige also von der Verwaltung seines eignen Vermögens ausgeschlossen. Er kann alle Rechtsgeschäfte, auch Verpflichtungs- und Veräusserungsgeschäfte, durch seinen alleinigen Willen zu Stande bringen (er bedarf keiner auctoritatis interpositio, keiner präsenten Beihülfe zum Geschäft), aber seine Verpflichtungs- und Veräusserungsgeschäfte bleiben ohne Wirkung für sein Vermögen, wenn nicht der curator seinen Consens ertheilt (sei es bei oder vor oder nach dem Rechtsgeschäft). Der Consens des Curators kann durch die Genehmigung des grossjährig gewordenen Minderjährigen ersetzt werden. Immer handelt es sich bei der

Dispositionsunfähigkeit nur um die Wirkung des Rechtsgeschäfts. bei der Handlungsunfähigkeit aber um das Dasein des Rechtsgeschäfts.

pr. I. de curat. (1, 23): Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt.

§ 32.

Die Stellvertretung.

Nicht alle Rechtsgeschäfte, welche man abschliessen möchte oder müsste, ist man im Stande, selber abzuschliessen. Der Wahnsinnige kann sich kein Brot kaufen, auch wenn er Geld genug hätte. Er ist rechtlich an dem Abschluss des Rechtsgeschäfts verhindert. Oder: der Hausherr kann nicht selber täglich auf den Markt gehen, um für den Mittagstisch einzukaufen. Er ist factisch an dem Abschluss des Rechtsgeschäfts verhindert.

In dem Fall blos factischer Verhinderung kann der Verhinderte sich häufig durch Absendung eines Boten helfen, falls er, der Absendende, nämlich selber verhandeln will. Der Bote soll ihm nur helfen, das mechanische Hinderniss der Entfernung zu überwinden, gerade wie ein Brief. Der Bote nimmt ihm nur den Gang ab, nicht den Abschluss des Rechtsgeschäfts. Es kann aber die Meinung sein, dass der Absendende nicht selber verhandeln will. Er will die Details des Rechtsgeschäfts nicht selber feststellen. Die Verhandlung mit dem Beauftragten soll entscheiden und soll so angesehen werden, als ob sie mit ihm selbst geführt wäre. In diesem letzteren Fall soll der Beauftragte dem Absender den Abschluss des Rechtsgeschäfts abnehmen, die Erwägung der concreten Verhältnisse, den concreten Entschluss, den Willensact, durch welchen das Rechtsgeschäft zu Stande kommt. Darin liegt das Wesen des Stellvertreters. Der Bote ist nur ein Werkzeug für die Mittheilung meines Willens; der Stellvertreter aber will an meiner Statt. Stellvertretung ist der Abschluss eines Rechtsgeschäfts für einen Andern.

In dem Fall des Wahnsinnigen (des infans, des impubes u. s. w.), überhaupt in den Fällen rechtlicher Verhinderung

an dem eigenen Abschluss des Rechtsgeschäfts, kann von vornherein nicht ein Bote, sondern nur ein Stellvertreter helfen.

Das römische Recht hat sich mit Rücksicht auf den soeben hervorgehobenen Unterschied entwickelt. Die Stellvertretung in Folge rechtlicher Verhinderung (wir wollen sie vormundschaftliche Stellvertretung nennen) ist vom römischen Recht von vornherein anerkannt worden: der Vormund handelt gültig im Namen des Mündels, und mit Wirkung nur für den Mündel, nicht für sich selbst.

Dagegen ist die Stellvertretung in Folge blos factischer Verhinderung (wir wollen sie procuratorische Stellvertretung nennen) vom römischen Recht grundsätzlich nicht anerkannt worden. Der Procurator (der gewillkürte Stellvertreter) kann nicht für den Auftraggeber, sondern muss für sich selber das Rechtsgeschäft abschliessen (z. B. den Kaufcontract). Nur für den Besitzerwerb und den durch Besitzerwerb vermittelten Rechtserwerb (z. B. Eigenthumserwerb) ward procuratorische Stellvertretung zugelassen. Dadurch unterscheidet das römische Recht sich wesentlich vom heutigen Recht. Heute ist grundsätzlich bei allen Privatrechtsgeschäften wie die vormundschaftliche so auch die procuratorische Stellvertretung zulässig. Das Rechtsgeschäft wird von dem Stellvertreter für den Andern abgeschlossen: es ist seinem Abschluss nach (d. h. im Hinblick auf den Willensact, durch welchen es zu Stande kommt) ein Geschäft des Stellvertreters. Aber die Wirkungen treten (nach heutigem Recht also allgemein) nicht zu Lasten noch zu Gunsten des Stellvertreters, sondern nur zu Lasten und zu Gunsten des Andern (des dominus negotii) ein: das Geschäft ist seiner Wirkung nach ein Geschäft des dominus.

Voraussetzung für die Wirkung des Stellvertretungsverhältnisses [1]) ist, dass dasselbe dem Vertragsgegner erkennbar sei. Nur wenn der Stellvertreter (der Vormund oder der procurator) als solcher handelt, also nur wenn er mit ausdrücklicher oder durch die Umstände hinlänglich klar gemachter Hinweisung auf den Destinatär des Rechtsgeschäfts (den dominus negotii)

1) Soweit dasselbe überhaupt zugelassen wird, also nach römischem Recht nach Massgabe der Beschränkung, welche aus dem Vorigen sich ergiebt.

handelt, tritt die Wirkung ein, dass nicht der Stellvertreter, sondern nur der dominus aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet wird. Das Rechtsgeschäft muss also im Namen des dominus geschlossen sein. Nur in diesem Fall, wo die Stellvertretung für den Vertragsgegner erkennbar ist (man pflegt solche Stellvertretung als offene Stellvertretung zu bezeichnen) finden die Rechtssätze über Stellvertretung Anwendung.

Dagegen tritt derjenige Beauftragte (oder Vormund), welcher zwar im Interesse, aber nicht im Namen seines dominus, sondern im eignen Namen handelt (sog. stiller oder geheimer Stellvertreter) überhaupt gar nicht als Stellvertreter auf, und finden daher in solchem Fall die Rechtssätze über Stellvertretung nach heutigem wie nach römischem Recht keine Anwendung. Die Wirkungen des von dem stillen Stellvertreter geschlossenen Rechtsgeschäfts treten nur zu Lasten und zu Gunsten des Handelnden ein, nicht zu Lasten noch zu Gunsten des dominus negotii. Erst durch ein zweites Rechtsgeschäft müssen die Wirkungen des ersten Rechtsgeschäfts, z. B. der Eigenthumserwerb, auf den dominus negotii übertragen werden.

Keine Stellvertretung ist die sog. unfreie Stellvertretung, d. h. der rechtsnothwendige Erwerb des Herrn durch seinen Sklaven, des paterfamilias durch den filiusfamilias (oben S. 75. 82). Das Rechtsgeschäft wirkt hier grundsätzlich nur zu Gunsten des dominus, nicht auch zu seinen Lasten (er wird grundsätzlich nicht verpflichtet aus dem Darlehn, obgleich er das Eigenthum an dem empfangenen Geld erwirbt). Es tritt also nur theilweise Stellvertretungseffect ein. Damit der dominus nicht blos berechtigt, sondern auch verpflichtet werde aus dem Rechtsgeschäft, müssen hier anderweitige besondere Voraussetzungen vorliegen (unten § 75). Und ferner: es ist für jenen rechtsnothwendigen Erwerb des Herrn gleichgültig, ob der servus, bezw. filiusfamilias im eignen Namen oder im Namen des Herrn, ob er bevollmächtigt oder unbevollmächtigt gehandelt hat. Die Rechtssätze über Stellvertretung finden auf dies Verhältniss keine Anwendung.

Paulus rec. sent. V, 2 § 2: Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest; sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est.

II. Der Rechtsschutz.

§ 33.

Einleitung.

Der Eigenthümer braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass Jemand ihm seine Sachen eigenmächtig wegnimmt. Durch Abwehr des Angriffes schützt er sein Recht selber durch Eigenmacht. Diese Art der Eigenmacht (wir wollen sie Selbstvertheidigung nennen) ist gestattet: vim vi repellere licet. Sie stellt eine Art der Ausübung des vertheidigten Rechtes dar.

Anders dagegen liegt der Fall, wenn die Rechtsverletzung schon vollzogen ist, und es sich also nicht um Abwehr, sondern um Wiederaufhebung der schon geschehenen Rechtsverletzung handelt. Hier ist die Eigenmacht (die Selbsthülfe) ausgeschlossen. Hier würde die Eigenmacht nicht Ausübung des verletzten Privatrechts, sondern Ueberschreitung desselben sein, weil das Privatrecht immer nur Herrschaftsrechte in Bezug auf sachliche (unfreie) Objecte giebt (oben S. 10. 71), niemals aber directe Gewalt über einen freien, ebenbürtigen Willen. Die Ueberwindung des dem Recht widerstrebenden Willens (die Vollstreckung des Rechts) ist nach römischem wie nach heutigem Recht der Staatsgewalt vorbehalten. Der einzige Weg, um nach vollzogener Rechtsverletzung zur Vollstreckung des Rechts zu gelangen, ist daher die Anrufung der Staatsgewalt, die Klage (actio).

Die Forderungsrechte haben die Eigenthümlichkeit, dass hier der Gläubiger (vor Empfang der Zahlung) sich niemals in Ausübung seines Rechts befindet, dass er immer direct nicht einem sachlichen Object, sondern einer gegnerischen Person gegenüber steht, dass also die Eigenmacht des Gläubigers (um zu seiner Befriedigung zu gelangen) niemals Selbstvertheidigung, sondern stets Selbsthülfe bedeutet. Der Gläubiger ist also grundsätzlich immer an die gerichtliche Klage zum Zweck zwangsweiser Befriedigung seines Rechts gewiesen.

Die Selbsthülfe, welche wir nach dem Vorigen als eigenmächtige Rechtsvollstreckung definiren, ist nach römischem Recht in Folge eines decretum divi Marci (von Marc Aurel) als solche strafbar. Sie wird bestraft durch den Verlust des eigenmächtig exequirten Rechts, eventuell (falls der Handelnde das Recht in Wirklichkeit nicht einmal hatte) durch die Pflicht zur doppelten Erstattung des eigenmächtig Angeeigneten.

Es giebt jedoch Ausnahmen von dem Verbot der Selbsthülfe. So namentlich in dem wichtigen Fall, wo der gerichtliche Schutz thatsächlich nicht ausreicht, z. B. dem Schuldner gegenüber, welcher durch Flucht sich der Klage entziehen will. Dann ist schon nach römischem Recht die Selbsthülfe Recht, nicht Unrecht.

L. 13 D. quod met. causa (4, 2): Exstat enim decretum d. Marci in haec verba: OPTIMUM EST, UT SI QUAS PUTAS TE HABERE PETITIONES, ACTIONIBUS EXPERIARIS. Cum Marcianus diceret, 'vim nullam feci', Caesar dixit: TU VIM PUTAS ESSE SOLUM, SI HOMINES VULNERENTUR? VIS EST ET TUNC, QUOTIENS QUIS ID, QUOD DEBERI SIBI PUTAT, NON PER JUDICEM REPOSCIT. QUISQUIS IGITUR PROBATUS MIHI FUERIT, REM ULLAM DEBITORIS VEL PECUNIAM DEBITAM, NON AB IPSO SIBI SPONTE DATAM, SINE ULLO JUDICE TEMERE POSSIDERE VEL ACCEPISSE, ISQUE SIBI JUS IN EAM REM DIXISSE, JUS CREDITI NON HABEBIT.

§ 34.

Der römische Civilprocess [1]).

Die Grundlage des klassischen römischen Civilprocesses ist die Zweitheilung des Verfahrens in zwei scharf von einander ge-

1) Das klassische Werk über den römischen Civilprocess ist noch immer Keller, der römische Civilprocess und die Actionen, in 5. Aufl. von Wach (1876) vortrefflich bearbeitet. Unter den neueren Werken, denen eine wesentliche Förderung unserer Kenntniss auf diesem Gebiet zu danken ist, sind namentlich zu nennen Bekker, die Aktionen des römischen Privatrechts, 2 Bde. 1871. 1873. Karlowa, der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen (1872). Baron, Abhandlungen aus dem röm. Civilprocess, 2 Bde. 1881. 1882. Neue, bedeutende, wenngleich nicht unanfechtbare Grundgedanken entwickelt Aug. Schultze, Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung (1883) S. 228 ff., ein Werk, welches ich durch die Güte des Verfassers bereits in den Aushängebogen benutzen durfte.

trennte Abschnitte: in das Verfahren in jure und das Verfahren in judicio.

Das Verfahren in jure ist das Verfahren vor dem Magistrat, d. h. vor der Gerichtsobrigkeit, der Verwalterin und Vertreterin der souveränen Staatsgewalt: seit Einführung der Prätur also in der Regel vor dem Prätor. Die Aufgabe des Verfahrens in jure ist, die Zulässigkeit des Anspruchs (ob überhaupt ein im Wege des Civilprocesses verfolgbarer Anspruch erhoben wird), den Inhalt des Anspruchs und zugleich die Bedingungen seiner Geltendmachung festzustellen. Das Verfahren in jure gipfelt und endigt in der sog. litis contestatio, d. h. mit der exacten Formulirung des Rechtsstreits, um dadurch die Grundlage für das judicium (die Entscheidung des Rechtsstreits) herzustellen. Die Gewährung der litis contestatio seitens des Magistrats bedeutet zugleich die magistratische Entscheidung (decretum), dass ein an sich zulässiger Anspruch vorliege und dass derselbe unter den aus dem Inhalt der litis contestatio hervorgehenden Bedingungen zu realisiren sei.

Aber das Verfahren in jure vermag nicht zu einem Urtheil im Rechtssinn (zu einer sententia) zu führen. Damit vielmehr der nunmehr (durch die litis contestatio) formulirte und für zulässig erklärte Rechtsstreit sein Urtheil finde, muss der Process aus der Hand des Magistrats in die Hand einer Privatperson (unter Umständen auch mehrerer collegialisch entscheidender Privatpersonen) übergehen. Nur der Privatmann, welcher nicht vermöge frei schaltender Staatsgewalt nach souveränem Ermessen, sondern (kraft seines Eides, welchen er schwört) lediglich nach Massgabe des wirklich bereits geltenden Rechts zu urtheilen im Stande ist[2]), kann ein Urtheil im Rechtssinn (eine sententia) ab-

---

2) Vgl. pr. I. de off. jud. (4, 17): Superest, ut de officio judicis dispiciamus, et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. Der judex ist, im Gegensatz zu dem Magistrat (vgl. oben S. 22), auch an das Gewohnheitsrecht schlechtweg gebunden. Nur eine ausdrückliche Anweisung des Magistrats (exceptio, actio in factum u. s. w.) kann den judex von der Beobachtung des Rechts entbinden, wobei dann der Magistrat, nicht aber der judex die Verantwortung trägt. Indem der Judex das Gewohnheitsrecht anwendet, wird er zugleich (unwillkürlich) zu einem Organ für die Fortbildung desselben,

geben; nur der Privatmann ist im Stande, ein wahrer judex, ein Organ des objectiven Rechts zu sein. Die Entscheidung des Magistrats ist auch in Civilsachen formell stets eine Handhabung des souveränen imperium (ein decretum oder interdictum), ist rechtlich ein Machtspruch, kein Wahrspruch [3]). Nur die Entscheidung des geschwornen Privatmanns (des judex), dessen Wesen nicht das imperium, sondern das officium ausmacht, ist kein Befehl, sondern Urtheil, ist ein Wahrspruch (sententia), kein Machtspruch. Darum verlangt der römische Civilprocess, dass der Magistrat der Entscheidung des Rechtsstreits sich enthalte, dass er vielmehr die Entscheidung einer Privatperson übertrage (welche dadurch zum judex für den Process bestellt wird). Die Scheidung des Civilprocesses in diese zwei Stadien: Verfahren in jure und Verfahren in judicio, bedeutet grundsätzlich die Befreiung des Privatrechts von der magistratischen Gewalt.

Nachdem in jure der Rechtsstreit zugelassen und formulirt ist (litis contestatio), geht er demnach zu weiterer Verhandlung an einen privaten geschworenen judex über. Dies Verfahren vor dem judex ist das Verfahren in judicio. Seine Aufgabe ist, wie schon gesagt, die Entscheidung des Rechtsstreits durch das Urtheil (sententia) des judex. Der judex wird zunächst den Thatbestand constatiren, Beweis aufnehmen, soweit es ihm nöthig scheint. Dann giebt er nach bestem Wissen und Gewissen (ex animi sententia) seinen Wahrspruch über das Rechtsverhältniss, d. h. sein Urtheil, ab.

Während das Verfahren in judicio, soviel wir sehen können, von den Zeiten der zwölf Tafeln bis zum Abschluss der klassischen Epoche keine wesentliche Aenderung erfahren hat, war mit dem Verfahren in jure gegen Ende der Republik eine wichtige Um-

---

eine Thatsache, auf welche Bekker, die Aktionen des röm. Privatrechts II, S. 145 ff. mit Recht hinweist, aber mit der irreführenden Formulirung, als ob dem judex eine „Berechtigung", das objective Recht fortzubilden (dem Magistrat vergleichbar), zukäme.

3) Darum kann die obrigkeitliche Entscheidung auch in Civilsachen durch Intercession eines gleich- oder höherberechtigten Magistrats, d. h. durch einen entgegengesetzten Befehl von gleicher Befehlsgewalt (imperium), der eine Befehl also durch einen andern Befehl aufgehoben werden. Daraus hat sich dann die Appellation des römischen Rechts entwickelt.

gestaltung vorgegangen. Der Legisactionenprocess ward durch den Formularprocess verdrängt.

§ 35.

Die Legis actio.

Das altrömische Verfahren in jure endigte mit einer litis contestatio durch Parteihandlung. Die beiden processirenden Theile riefen, nachdem vor dem Magistrat verhandelt war und die Gewährung eines judicium Seitens des Magistrats bevorstand, feierlich Zeugen auf (daher der Ausdruck litis contestatio), um vor denselben durch formale Handlung, unter ganz bestimmten, hergebrachten Worten ihren Rechtsstreit zu klarem Ausdruck zu bringen. Die zu sprechenden Formeln waren entweder durch den Wortlaut eines Volksgesetzes (des Gesetzes nämlich, auf welches sich die Klage gründete) oder durch altüberliefertes Herkommen, welches dem Volksgesetz (der lex) gleichgeachtet wurde, festgestellt. Daher hiess die Vollziehung der litis contestatio, ja das ganze Verfahren (dessen Mittel- und Schwerpunkt eben jene litis contestatio bildete) eine legis actio[1], d. h. ein gesetzmässiges Verfahren. Dies war der eigentliche, ordentliche, echte Process, welcher zu solcher litis contestatio und dadurch zu einem judicium, dem Urtheil eines Geschworenen (nicht zu einer Entscheidung des Magistrats) führte. Aber noch in einem anderen Sinn konnte diese Art Process eine legis actio genannt werden, in dem Sinn nämlich, dass nicht blos die Form der litis contestatio, sondern auch der Anspruch selber, dass für solchen Fall litis contestatio und damit judicium gewährt werde, auf Volksgesetz oder gesetzesgleichem Herkommen ruhte. Die römische actio ist nicht blos ein Recht der gegnerischen Partei, sondern auch dem Magistrat gegenüber, und zwar das Recht auf judicium, d. h. auf Gewährung des ordentlichen Verfahrens, des Rechtsweges (im Gegensatz zum Verwaltungsweg), auf Ein-

---

1) Die litis contestatio wird auch actio genannt, Gaj. IV § 11 (in actione vites nominaret). Sie ist die eigentliche legis actio (im formellen Sinn), die solenne Erhebung und Eröffnung des ordentlichen Rechtsstreits, zugleich mit dem Begehren nach einem judicium.

setzung also eines Privatmanns, welcher den Rechtsstreit durch sein Urtheil entscheide. Dies Recht auf judicium (die actio) wird in der alten Zeit durch lex (oder Herkommen, welches der lex gleich gilt) begründet. Daher die Bezeichnung: legis actio.

I. Die legis actio sacramento. Die wichtigste und regelmässige Form des Legisactionenprocesses war der sog. Sacramentsprocess (legis actio sacramento). Beide Parteien betheuern zum Zweck der litis contestatio feierlich ihren Rechtsanspruch (ajo hanc rem meam esse ex jure Quiritium, u. s. w., worauf dann der Andere mit der gleichen Formel antwortete), und deponiren sodann Beide eine Wettsumme (das sog. sacramentum, eine Summe, je nach der Rechtssache, von 500 oder von 50 As), welche Jeder verloren haben will, wenn seine Betheurung als unwahr sich erweisen sollte. Durch diese Wette ward die formale Grundlage für das judicium (die Formulirung des Rechtsstreits) gewonnen, und zugleich, wie wir wohl annehmen dürfen, durch die vollzogene Wette dem Magistrat gegenüber das Recht auf judicium (die actio) formell begründet. Wenn der Mann über eine an sich mögliche Rechtsbehauptung zur Wette (sacramentum) geschritten war, so nöthigte er wie den Gegner zum Gegen-Sacrament, so den Magistrat zur Bestellung eines judex. Die legis actio war wirklich eine legis actio sacramento: auf der Processwette beruhte wie die Entscheidung des judicium, so auch das formale Recht auf judicium. Durch das Mittel des Sacraments ward dem Privatrecht die actio gegeben [2].

2) Seine zwingende Kraft für die Obrigkeit hatte das sacramentum wahrscheinlich dadurch, dass ursprünglich nicht blos Geldsumme gegen Geldsumme, sondern Eid (ein sacramentum im gewöhnlichen Sinn des Worts) gegen Eid stand. Für die Wahrheit des sacramentum setzt der Schwörende entweder seine Person ein (er consecrirt sich selbst den Göttern) oder nur bestimmte Vermögensstücke (er consecrirt diese Sachen den Göttern; dieselben sollen eventuell den Göttern verfallen sein). Ein solcher blosser „Vieh-Eid“ (so heisst es in deutschen Rechtsquellen), welcher lediglich Vermögensstücke einsetzt, war im Civilprocess hinreichend. Aber auch mit solchem Vermögens-Eid war eine Frage geschaffen, welche die Entscheidung der pontifices forderte. Mit anderen Worten: der Magistrat war genöthigt, von der eignen Entscheidung (decretum) zurückzutreten und einen pontifex als judex zu bestellen (vgl. oben S. 41). Der Eid begründete die actio (Recht auf judicium). Dann fiel

II. Die legis actio per judicis postulationem. In bestimmten Fällen jedoch war durch Gesetz mit einem gewissen Thatbestand, nämlich mit gewissen Contractsthatbeständen und gewissen Delictsthatbeständen, unmittelbar die actio, d. h. das Recht auf judicium verbunden worden. Es bedurfte des sacramentum und der damit verbundenen Processgefahr nicht. Es genügte, wenn in jure vor dem Magistrat der betreffende Thatbestand (Contract oder Delict) behauptet und auf Grund desselben mit solennen Worten die Bestellung eines judex gefordert wurde, um den Magistrat zur ordinatio judicii zu nöthigen. Der Thatbestand musste aber genau der den verba legis entsprechende Thatbestand sein, und deshalb genau mit den verba legis beschrieben werden. Weil in diesen Fällen das Begehren eines judex den Magistrat unmittelbar zur ordinatio judicii nöthigte, so hiess diese legis actio eine legis actio per judicis postulationem[3]).

später der Eid weg, und blos die Geldsumme (das Consecrirte, sacramentum in diesem Sinn), welche übrigens nicht mehr deponirt, sondern blos versprochen wurde, blieb zurück. — Die Kraft des sacramentum findet Schultze a. a. O. S. 455 ff. darin, dass es ein eidlich abgegebenes Urtheil der Partei bedeute. Vgl. unten § 97 die Note über die cretio.

3) Auf diese legis actio per judicis postulationem beziehe ich das von Gaj. IV § 11 gegebene Beispiel von der legis actio de arboribus succisis. Als zweifellos darf man annehmen, dass ursprünglich auf Grund der 12 Tafeln auch wirklich nur wegen abgehauener Bäume die actio zuständig war. Erst die spätere interpretatio liess die actio auch in anderen Fällen, insbesondere auch de vitibus succisis zu; in der litis contestatio mussten aber immer noch die Gesetzesworte: de arboribus succisis, gebraucht werden. Dadurch entstand dann der Formalismus, welchen Gajus berichtet. Dass von vornherein die zwölf Tafeln de arboribus succisis geredet hätten, um auch die vites darunter zu begreifen, ist selbstverständlich ausgeschlossen. Der Satz, dass nur de arboribus succisis geklagt werden könne, bedeutete also ursprünglich, dass wirklich nur auf Grund des dem Gesetzesbuchstaben entsprechenden Thatbestandes die actio zuständig war. Die spätere Entwickelung liess den letzteren Grundsatz in Wirklichkeit fallen (gab also die actio auch de vitibus succisis), hielt ihn aber dem Schein nach aufrecht (die actio wurde formell immer nur de arboribus succisis erhoben). Was uns an dem von Gajus berichteten Formalismus als unsinnig erscheint, ist also als das Resultat späterer Entwickelung zu betrachten. — Ueber die legis actio per judicis postulationem vgl. A. Schmidt in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 2, Romanist. Abth. (1881) S. 155 ff.

III. Die legis actio per condictionem. Es waren persönliche Schuldforderungen, für deren Geltendmachung die l. a. per judicis postulationem bestimmt war. Eine Fortbildung der persönlichen Schuldklage bedeutete die legis actio per condictionem, welche durch eine lex Silia für den Anspruch auf eine certa pecunia, dann durch eine lex Calpurnia auch für den Anspruch auf eine certa res eingeführt wurde [4]). Nahm es der Kläger bei einer persönlichen Klage auf sich, den Inhalt seines Anspruchs genau auf eine bestimmte Geldsumme (certam pecuniam dare) oder auf die Eigenthumsverschaffung an einer bestimmten Sache (certam rem dare) zu fixiren, so konnte er gleichfalls unmittelbar die Bestellung eines judex vom Magistrat verlangen. Darin lag eine Gefahr, weil der Kläger seinen Process verlor, wenn er zwar zu fordern, aber nicht genau das Angesprochene zu fordern hatte, andrerseits aber auch ein Vorzug, weil diese actio auch in solchen Fällen möglich war, wo der Thatbestand an sich das Recht der judicis postulatio nicht erzeugte, ja wo überhaupt vielleicht ein vom Recht als zweifellos anerkannter Anspruch nicht existirte (z. B. wenn weiter nichts vorlag, als dass der Eine auf Kosten des Andern bereichert war). Wie bei der l. a. per judicis postulationem in der litis contestatio nur der Thatbestand formulirt ward, ohne Bezeichnung des daraus abgeleiteten Anspruchs (legis actio in factum concepta), so ward hier umgekehrt in der litis contestatio nur der Anspruch formulirt, nicht aber der Thatbestand (legis actio in jus concepta). Es war eine abstracte Schuldklage, welche in dem Act der solennen Streitformulirung (litis contestatio) den concreten Schuldgrund nicht erkennen liess [5]).

Für die Fälle dieser zweiten legis actio war eine andere Art der judicis postulatio vorgeschrieben, als sie bei der legis actio per judicis postulationem altherkömmlich war. Auf die legis actio per judicis postulationem ward von Alters her sofort der judex vom Magistrat gegeben [6]). Die legis actio per condictionem hatte

4) Gaj. IV § 18—20.

5) J. Baron, Abhandlungen aus dem römischen Civilprocess. Bd. 1. Die Condictionen. 1881.

6) Gaj. IV § 15: Ut autem [die] XXX judex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem [stat]im dabatur judex. Was hier von

aber den jüngeren Modus, welcher mit der späteren Organisation der Richterbestellung überhaupt zusammenhing[7]), dass der judex nicht sofort gegeben ward, sondern die Parteien sich vereinbarten, nach 30 Tagen zur Erwählung und Ernennung eines judex (ad judicem capessendum) wiederum in jure vor dem Prätor zu erscheinen. Der Kläger richtete dabei an den Gegner die feierliche Ansage, dass er nach 30 Tagen wieder vor dem Tribunal des Magistrats zum Zweck der ordinatio judicii zu erscheinen habe[8]). Diese Ansage hiess condictio (feierliche dictio, wie contestatio feierliche testatio). Daher der Name: legis actio per condictionem. Wir sehen, dass der Sinn dieser Bezeichnung genau derselbe ist, welcher der anderen Klagart den Namen legis actio per judicis postulationem gegeben hat. In beiden Fällen ist das Begehren der Partei nach einem judex unmittelbar für die Obrigkeit verbindlich.

IV. Die legis actio per manus injectionem. In gewissen ausserordentlichen Fällen entspringt die actio aus der bereits vollzogenen Executionshandlung, wie beim Sacramentsprocess aus der vollzogenen Betheuerungshandlung.

Die normale Executionshandlung ist die gerichtliche, d. h. in jure vor dem Magistrat vollzogene Handanlegung an den

---

der legis actio sacramento berichtet wird, dass früher sofort der judex gegeben ward, darf auch für die l. a. per judicis postulationem angenommen werden. Die Lesart: nondum dabatur judex, scheint mir, auch von Studemunds Zeugniss abgesehen, durch sachliche Gründe ausgeschlossen. Dass die legis actio sacramento jemals ein Verfahren ohne judicium (also lediglich in jure, wie z. B. A. Schmidt a. a. O. S. 160 Note 3 annimmt) gewesen wäre, ist in hohem Grade unglaublich, und wird sowohl durch das Wesen der actio (oben S. 108 a. E.), wie durch die Umstände, welche die l. a. sacramento nur deshalb macht, um zu einem judicium zu gelangen, ausgeschlossen.

7) Vgl. darüber Karlowa, Civilprocess zur Zeit der Legis-Actionen S. 252 ff.

8) Die monatliche Frist mochte dem Beklagten zugleich eine Frist des Aufschubs bedeuten, die ihm gestatten sollte, inzwischen freiwillig zu erfüllen. Es war klar, dass der Kläger zu einem judicium kommen würde. Der Magistrat hatte den klägerischen Anspruch für geeignet zur Niedersetzung eines judicium anerkannt. Unter dem Druck dieser Thatsache mochte der Beklagte binnen der monatlichen Frist sich zur freiwilligen Befriedigung des Klägers entschliessen, vgl. Baron S. 211.

Gegner (manus injectio)[9]. Sie ist die Ergreifung des Gegners zur Abführung in die Schuldknechtschaft. Der Gegner ist ausser Stande, sich selber zu vertheidigen, weil er kraft der manus injectio bereits servi loco ist[10]. Aber ein anderer kann als vindex für ihn eintreten und das manum injicere des Angreifers durch manum depellere beseitigen. Das manum depellere ist Zerstörung der voraufgegangenen manus injectio: der Schuldner wird frei, und kann wegen derselben Sache nicht wieder in Anspruch genommen werden. Der vindex aber ist zur Entschädigung des Gläubigers verpflichtet, dessen Executionshandlung er vernichtet hat. Er hat sofort die Schuld zu zahlen, um derentwillen die manus injectio vorgenommen war[11]. Weigert er sich aber

9) Die aussergerichtliche Manusinjectio ist niemals Executionshandlung, sondern entweder Besitzergreifungshandlung an einem Unfreien (z. B. Livius III, 44: Claudius vollzieht an der Virginia die manus injectio, um sie als seine Sklavin mit nach Hause zu nehmen) oder Ladungshandlung. Auf jede in jus vocatio (solenne wörtliche Ladung des Gegners) folgte im Fall der Weigerung des Vocirten die manus injectio, um ihn vor Gericht zu bringen, XII tabb. I, 2. In gewissen Fällen konnte ohne vorgängige in jus vocatio sofort zur manus injectio geschritten werden, so gegen den judicatus (um ihn zwecks der gerichtlichen manus injectio vor den Prätor zu bringen), gegen den fur manifestus und in anderen (criminellen) Delictsfällen, vgl. Demelius in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. I, S. 362 ff. Solche Einleitung des Verfahrens durch aussergerichtliche manus injectio ist an sich für den Gang des Verfahrens völlig unerheblich, und hat den Process niemals zu erzeugen, sondern immer nur vorzubereiten. Die gerichtliche manus injectio (und sie allein) erzeugt dagegen den Process (die actio). Es giebt also viele Manusinjectionen (gerichtliche, aussergerichtliche, und letztere wieder von verschiedener Art), aber nur eine legis actio per manus injectionem: die actio nämlich, welche aus der gerichtlichen manus injectio (der Executionshandlung) hervorgeht.

10) Der Ausschluss des Gegners von der Antwort lediglich kraft der manus injectio bestätigt, dass es nach altem Recht für die Wirkung der manus injectio keiner addictio durch den Prätor bedurfte. Vgl. v. Jhering, Geist des röm. Rechts I, S. 152.

11) Beispiel Livius VI, 14: (M. Manlius) centurionem, nobilem militaribus factis, judicatum pecuniae cum duci vidisset, medio foro cum caterva sua accurrit et manum injecit, vociferatusque de superbia Patrum ac crudelitate foeneratorum — — rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit. Zu beachten ist, dass das manum depellere hier gleichfalls manum injicere genannt wird. So steht manus injectio gegen manus injectio, wie sonst Sacrament gegen Sacrament. In den zwölf Tafeln (III, 3) wird die

der Schuldzahlung, weil er die Rechtmässigkeit der manus injectio bestreitet, so kommt es zum Process, und der unterliegende vindex hat dann das Doppelte zu zahlen. Dieser Process ist im Wege ordentlichen Verfahrens unter Bestellung eines judex zu entscheiden. In diesem Sinn[12]) erzeugt die manus injectio eine actio: die legis actio per manus injectionem. Die gerichtliche manus injectio (die Executionshandlung) trägt das Recht in sich, dass im Fall des Widerstreits ein judicium zur Entscheidung des Conflicts bestellt werde.

Aber Voraussetzung der gerichtlichen manus injectio ist eine liquide Geldschuld. Der Normalfall ist das Judicat: die Verurtheilung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme durch sententia des Geschworenen (in judicio). Dem judicatus galt der aeris confessus gleich (der vor dem Magistrat, in jure, eine Geldschuld anerkannt hatte): gegen ihn ging die manus injectio pro judicato. Neben der Judicatsschuld stand wahrscheinlich ursprünglich die Schuld aus dem nexum, die formale Obligation des alten Civilrechts (oben S. 21). Später wurden durch Volksgesetze andere Schuldfälle der Judicatsschuld gleichgestellt, aber für die meisten Fälle die Wirkung der manus injectio dahin abgeschwächt, dass der Schuldner sein eigener vindex sein, also selber manum sibi depellere konnte, wo er dann selbst Processsubject blieb und eventuell selber in das Doppelte verurtheilt wurde. So gab es dann zwei Arten dieser Processform: legis actio per manus injectionem pro judicato (wo der Schuldner nur durch einen vindex sich vertheidigen konnte), und l. a. p. m. i. pura (wo der Schuldner sich selber vertheidigen konnte). In allen Fällen aber blieb die manus injectio, welche in jure vollzogen worden war, der formale Gegenstand des Processes und des Urtheils, weil die actio, das Recht auf judicium formell nicht unmittelbar aus dem Privatrecht, sondern aus der manus injectio hervorging.

V. Die legis actio per pignoris capionem. Der manus injectio verwandt war die pignoris capio. Bestimmte Schuldforderungen hatten das gesetzliche Privileg, dass sie durch

---

Handlung des vindex als vindicare bezeichnet: sie ist Gewalt (manum depellere) gegen Gewalt (manum injicere). Vgl. Demelius, die confessio, S. 56.

12) Vgl. v. Jhering, Geist I, S. 152 ff., wo zuerst auf die processerzeugende Wirkung der manus injectio mit Nachdruck hingewiesen ist.

pignoris capio, d. h. durch aussergerichtliche Wegnahme von Vermögensstücken des Schuldners exequirt werden konnten. Das Kennzeichen solcher gesetzlichen pignoris capio waren die certa verba, mit denen sie zu vollziehen war. Der Gepfändete hatte dann die Pfandsachen einzulösen (wahrscheinlich unter Zuschlag einer Strafsumme), widrigenfalls verfielen die Pfänder (so darf man vermuthen) dem Pfandnehmer zu Eigenthum.

Dem Gepfändeten muss in irgend einer Form das Recht zugestanden haben, vor dem Magistrat (in jure) Widerspruch gegen die geschehene Pfandnahme zu erheben. Wie das Sacrament zum Gegensacrament, das manum injicere zum manum depellere, so nöthigte die pignoris capio den Gegner, falls er sich vertheidigen wollte, zum Protest. Auch hier lag dann ein qualificirter Conflict vor, welcher den Magistrat von der eignen Entscheidung ausschloss und zur Bestellung eines judiciums verpflichtete. So erzeugte die pignoris capio eine actio: die legis actio per pignoris capionem[13]).

Die Fälle, in denen zur pignoris capio geschritten werden konnte, waren an sich, soviel wir sehen können, nicht im Stande, ein ordentliches Civilverfahren zu erzeugen. Es waren theils Schuldforderungen des öffentlichen Rechts (so das Recht des Soldaten auf seinen Sold, auf Pferdegeld und auf Futtergeld, das Recht des Steuerpächters auf die dem Staat geschuldete Abgabe), oder es waren Fälle privatrechtlicher Schuldverbindlichkeit, welche wir für die alte Zeit als von Rechts wegen unverbindlich bezeichnen dürfen: so die Kaufgeldschuld aus dem formlosen Kaufvertrag (falls ein Opferthier verkauft war) und die Miethgeldschuld aus dem formlosen Miethvertrag (falls ein Zugthier vermiethet war, um das Miethgeld für ein Opfermahl an den Jupiter, den Schutzgott der Ernte, zu verwenden). Vielleicht fand die pignoris capio auch in dem Fall des damnum infectum statt: wo von dem Nachbargrundstück ein Schaden noch erst drohte, also noch kein Schaden wirklich geschehen war[14]).

---

13) Vgl. v. Jhering, Geist I, S. 159 ff. Karlowa, Legisactionen S. 201 ff.

14) Diese, von Bethmann-Hollweg aufgestellte Vermuthung hat mannigfachen Beifall gefunden, so bei Karlowa, Legisactionen S. 216 ff. Wach bei Keller, Röm. Civilprocess, 5. Aufl., § 20 Note 267a.

In all diesen Fällen war von Rechts wegen keine actio gegeben. Auch die legis actio sacramento war unzuständig, weil das Sacrament auf ein dare oder facere oportere, auf das Bestehen einer nach Civilrecht vollkräftigen Schuldverbindlichkeit zu richten war. Aber durch den Umweg der pignoris capio gelangte der Anspruch entweder zur Befriedigung (falls der Gegner sich die pignoris capio gefallen liess) oder zur actio (falls der Gegner Widerspruch erhob).

Das Recht der pignoris capio hatte instar actionis: die Verleihung des Pfändungsrechts kam der Verleihung eines Klagrechts gleich.

VI. Rückblick. Ziehen wir die Summe des Vorigen, so sehen wir: das Privatrecht hat eine legis actio theils unmittelbar (per judicis postulationem, per condictionem), theils mittelbar. Das Mittel, durch welches das direct auf ordentliches Civilverfahren nicht berechtigte Privatrecht dennoch zur actio gelangt, ist entweder die feierliche Betheuerung (sacramentum) oder die feierliche Vollstreckungshandlung, sei es der Personalexecution (manus injectio), sei es der Realexecution (pignoris capio).

Die legis actio sacramento ist die allgemeine Klagform: die übrigen Legisactionen sind auf die Fälle beschränkt, für welche sie durch Volksgesetz (lex) oder gesetzesgleiches Herkommen bestimmt sind.

Diese speciellen Legisactionen sind sämmtlich Formen für die Geltendmachung von Forderungsrechten (d. h. für die sog. persönliche Klage, vgl. unten § 39). Also eine Fülle von Processformen, die ausgebildet sind, um dem Gläubiger zu seinem Recht zu helfen. Auch durch legis actio sacramento kann der Gläubiger vorgehen, nicht blos bei Ansprüchen auf ein certum, sondern ebenso bei Ansprüchen auf ein incertum (z. B. pro fure damnum decidere oportere), falls die Existenz eines solchen Anspruchs bestritten war, falls also die eigenthümliche Form der Processwette (welche einander ausschliessende Behauptungen forderte) thatsächlich Anwendung finden konnte. Dagegen war für alle Ansprüche aus Gewaltverhältnissen (sog. dingliche Ansprüche), mochte es sich um Gewalt über Sachen (Eigenthum, Erbrecht, Servitut) oder um Gewalt über Personen (eheherrliche, väterliche, vormundschaftliche Gewalt) handeln, die legis actio

sacramento die einzige Processform. Unter Ergreifung des Streitobjects[15]) hatten beide Theile ihr Recht an demselben sacramento zu betheuern (vindicatio und contravindicatio)[16]). Damit war die litis contestatio und die Grundlage des judicium gegeben. Für die Dauer des judicium regulirte der Prätor nach freiem Ermessen den Besitz (vindicias dare).

Also: nur eine einzige Form für die Eigenthumsklage, überhaupt für die dingliche Klage, aber eine Fülle von Formen für die Schuldklage. Von vornherein liegt die eigenthümliche Zeugungskraft auch des römischen Processrechts auf dem Gebiet des Obligationenrechts.

Gaj. Inst. IV, § 11: Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo inmutabiles proinde atque leges observabantur: unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

Festus de verborum signif.: Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote.

§ 36.

Der Formularprocess.

Das Wesen des soeben geschilderten Legisactionenprocesses gipfelt in der am Schluss des Verfahrens in jure erfolgenden Formulirung des Rechtsstreits (litis contestatio) durch solenne Parteihandlung. Die an den Gesetzesbuchstaben gebundene und mit der Kraft des Gesetzesbuchstabens wirkende Spruchformel der

15) Dem „Anefang“ bei der deutschen Vindication entsprechend.

16) Mit dem sacramento provocare (d. h. der Betheuerung des eignen Worts) war die Schelte des gegnerischen Worts (injuria vindicavisti) verbunden, welche das gegnerische Wort rechtlich vernichtete (gerade wie die deutsche Urkundenschelte die gegnerische Urkunde, die deutsche Eidesschelte den gegnerischen Eid), und welche dadurch den Gegner nöthigte, gleichfalls sacramento zu antworten.

Partei erzeugt die actio (das concrete formale Recht auf judicium) und giebt die Grundlage für das judicium.

Die solenne feierliche Handlung kann nicht wiederholt werden [1]). Daraus folgt mit Rechtsnothwendigkeit (ipso jure), dass die solenne litis contestatio des Legisactionenprocesses den Untergang des Klagerechts herbeiführt. In dem Augenblick, wo die actio im formellen Sinn (das Recht, für diesen Streit einen Geschworenen zu begehren) aus der litis contestatio entspringt, geht die actio im materiellen Sinn, d. h. das Recht auf litis contestatio, zu Grunde. Die litis contestatio kann nur einmal vollzogen werden. Die litis contestatio consumirt das Klagerecht.

Es folgt aber ferner: ist in der Formel ein Versehen gemacht worden, so kann sie nicht noch einmal besser gesprochen werden. Die fehlerhafte Formel bewirkt den Verlust des Processes. Die Spruchformel kann nicht wiederholt noch gebessert werden [2]). Der Gebrauch der Spruchformel ist, weil ein Act der processualischen Consumtion, zugleich ein Act mit processualischer Gefahr.

Und doch war gewiss, dass die Spruchformel bald ihrem Zweck, den Streit für die Entscheidung durch den judex zu formuliren, nicht mehr genügen konnte. Die Spruchformeln waren unveränderlich, weil der Wortlaut des Gesetzes sich nicht veränderte, dem sie entsprangen. Dennoch war das Recht veränderlich, welches auf Grund des Gesetzeswortlauts sich entwickelte. Der Gesetzesbuchstabe ward in der Praxis oft genug weitherzig interpretirt. Auf Grund eines Paragraphen der zwölf Tafeln, welcher de arboribus succisis handelte, ward von der Praxis späterhin eine Klage de vitibus succisis zugelassen. Aber der Wortlaut der zwölf Tafeln und darum auch der Spruchformel blieb derselbe. In der litis contestatio musste de arboribus succisis geredet werden, obgleich die Klage de vitibus succisis gemeint

1) Gerade so im altdeutschen Process, wo der Rechtssatz galt: „Ein Mann ein Wort" d. h. der Mann hat nur ein Wort; das gesprochene Wort kann nicht zurückgenommen, noch wiederholt, noch verbessert werden.

2) Gaj. Inst. IV § 108: Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Vgl. Gaj. IV § 11, oben S. 117.

war[3]). Wie sollte aber der judex durch solche litis contestatio erfahren, was in Wirklichkeit gemeint war? Solche litis contestatio musste zu einer blossen Maske werden, welche von den verschiedenartigsten Rechtsfällen aufgesetzt werden konnte. Die Formulirung des Rechtsstreits durch die litis contestatio wurde häufig genug zu einem blossen Schein der Formulirung. Der judex war, um hinter der Maske den wirklich ihm vorliegenden Rechtsstreit zu erkennen, auf andere Hülfsmittel angewiesen.

Ueberhaupt lag es in der Natur der Verhältnisse, dass der judex auch anderweitig amtliche Mittheilung über den zu entscheidenden Rechtsfall entgegennahm.

Das judicium musste in jedem Einzelfall[4]) durch den Prätor erst gebildet werden (ordinatio judicii). Seine Ernennung (nach Massgabe des Vorschlags der Parteien) theilte der Prätor dem erkorenen Privatmann schriftlich mit. Der schriftliche Ernennungsact (formula) war selbstverständlich von einer kurzen Mittheilung über den Rechtsstreit begleitet, für welchen der Adressat zum Geschworenen bestellt war. Diese kurze Mittheilung war an sich nichts, aber es konnte Alles aus ihr werden. Zunächst war die Folge, dass der bestellte judex eine doppelte Formulirung der Streitfrage vor sich hatte: einmal die mündliche Formulirung durch die solenne litis contestatio der Parteien (oben S. 108. 117), zum Andern diese schriftliche Formulirung seitens der Obrigkeit. Allerdings: massgebend war für ihn zur Zeit des Legisactionenprocesses allein die mündliche litis contestatio, jene mit den verba legis von den Parteien in jure vollzogene Handlung. Die schriftliche Instruction seitens des Prätors war ohne jede Rechtskraft für den Process, war gewissermassen rein vertraulicher Natur. Aber es lag in der Natur der Dinge, dass das Machtverhältniss zwischen formula (Formulirung seitens der Obrigkeit) und litis contestatio (Formulirung seitens der Partei) allmälig eine andere Gestalt gewinnen musste. Die litis contestatio der Parteien war an die verba legis gebunden und ward daher genöthigt (wie wir schon gesehen haben), oft geradezu unwahr und

3) Vgl. oben S. 110 Note 3.

4) Wenn nicht ständige Geschworenencollegien, wie das Decemviralgericht und das Centumviralgericht, competent waren.

damit inhaltslos zu werden. Dagegen war die obrigkeitliche Formulirung frei: sie gab den wirklichen Rechtsstreit, nicht blos die Schablone wieder, hinter welcher er sich verbarg.

Die obrigkeitliche Formulirung musste für den judex die in Wahrheit massgebende Formulirung werden. Die litis contestatio der Parteien erschien daneben als eine Komödie, welche um des einmal geltenden Rechts willen aufgeführt werden musste, um zur actio zu gelangen. Es fehlte nur noch, dass die neue Art der Formulirung (die obrigkeitliche formula) auch von Rechtswegen die altherkömmliche Art der Formulirung (die litis contestatio) beseitigte. Das geschah durch die lex Aebutia (etwa 200 v. Chr.) und zwei leges Juliae. Die Vollziehung der feierlichen litis contestatio alten Styls ward für unnöthig erklärt. Es genügte, wenn der Rechtsstreit durch die obrigkeitliche formula (den Erlass an den judex) formulirt und dem judex mitgetheilt war. Die obrigkeitliche formula ward die amtliche, für den judex massgebende Formulirung der Streitfrage, die Grundlage des judicium. Das Ziel des Verfahrens in jure ward ein anderes als bisher: an die Stelle der alten litis contestatio trat die Ertheilung der formula als Abschluss und Hauptact des Verfahrens in jure: diese Frage, welche die formula enthielt, war es nunmehr, welche vom judex im judicium entschieden werden musste.

Dies ist die sog. „Einführung" des Formularprocesses durch die genannten Volksgesetze. Wie wir sehen, keine plötzliche Reform und Umwälzung, sondern lediglich eine Vollendung dessen, was sich allmählich vorbereitet hatte. Die obrigkeitliche Formel ward nicht erst eingeführt; sie siegte vielmehr lediglich über die Parteiformel, welche bis dahin neben ihr, ja über ihr gestanden hatte, und sie siegte kraft der inneren Logik der fortschreitenden Rechtsentwickelung.

Diese Art der Ausbildung des Formularprocesses wird durch zwei Thatsachen erwiesen und zugleich veranschaulicht.

Einmal durch die Thatsache, dass, wenn der Process in judicio durch die Geschworenen des sog. Centumviralgerichtshofs zu entscheiden war, keine obrigkeitliche Formel gegeben wurde, sondern unausgesetzt die ganze klassische Kaiserzeit hindurch (mindestens bis auf Diocletian) nach wie vor in den Formen des alten Legisactionenprocesses (Sacramentsprocesses) verfahren werden musste.

Erbschaftsprocesse (dies ist jedenfalls später die vornehmste Competenz des Centumviralgerichts) blieben also bei der alt überlieferten Form der legis actio sacramento. Weshalb? Lediglich deshalb, weil das Centumviralgericht ein ständiges Collegium von Geschworenen war, welches für den Einzelfall nicht erst durch schriftlichen Erlass des Prätors gebildet zu werden brauchte. Hier bedurfte es keiner formula, keiner formellen Einsetzung des judicium, weil das zuständige judicium (die Hundertmänner) schon da war. Und weil es keiner schriftlichen Ernennung eines judex bedurfte, deshalb ist hier die formula nicht neben der litis contestatio aufgekommen, und deshalb ist es hier bei der alten litis contestatio verblieben, und deshalb in Sachen des Centumviralgerichts kein Formularprocess an Stelle der legis actio (sacramento) getreten. Es fehlte hier der altsolennen litis contestatio an dem Nebenbuhler, welcher ihr in den Fällen der judicia privata (wo ein Privatmann für diesen Fall erst zum judex zu berufen war) an dem Ernennungsdecret des Prätors erwachsen war [5]).

Die zweite Thatsache bezieht sich auf die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit, d. h. auf diejenige Art gerichtlichen Verfahrens, welche nicht dem Kampf um's Recht, sondern der Begründung von Rechten dient. Hierher gehört die in jure cessio, d. h. die Rechtsübertragung durch das Mittel der confessio in jure (oben S. 24). Weil hier auf die Rechtsbehauptung des Scheinklägers (Erwerbers) sofort in jure vor dem Magistrat das Rechtszugeständniss des Scheinbeklagten (Veräusserers) folgt, so kommt es natürlich zu keiner Einsetzung eines judicium, weil ja überhaupt kein Rechtsstreit da ist. Deshalb aber kommt es ebenso natürlich auch zu keiner formula, da ja kein judex zu ernennen ist. Die Folge ist, dass die in jure cessio, so lange sie existirte, also durch die ganze klassische Zeit hindurch und darüber hinaus, die Formen des Legisactionenprocesses (und zwar wiederum der legis actio sacramento) beibehielt.

---

5) Das Decemviralgericht ward durch Augustus aufgelöst; sonst würde sicher, wie schon Mommsen, Staatsrecht II, S. 592 Note 1 treffend bemerkt hat, auch in den vor das Decemviralgericht gehörigen Sachen (Freiheitsprocessen) der alte Sacramentsprocess sich behauptet haben. Selbstverständlich ward für das Decemviralgericht so wenig eine formula (Ernennungsdecret) gegeben wie für das Centumviralgericht.

Beide Thatsachen bedeuten eine einzige: wo kein judicium für den Einzelfall durch Ernennungsdecret bestellt wird, da keine formula und kein Formularprocess, sondern nach wie vor der alte Legisactionenprocess [6]).

Die lex Aebutia und die leges Juliae haben nicht den Legisactionenprocess schlechthin abgeschafft, und den Formularprocess an seine Stelle eingeführt. Sie haben vielmehr nur in den (allerdings weitaus die Mehrzahl bildenden) Fällen, wo thatsächlich bereits der Formularprocess existirte, d. h. wo thatsächlich bereits neben der alten litis contestatio die obrigkeitliche Formel die Grundlage für die sententia des judex bildete, — diesen Formularprocess bestätigt und die danebenstehenden fossilen Reste des Legisactionenprocesses bei Seite geschoben. Wo aber kein Formularprocess war, in den Fällen der Centumviralgerichtscompetenz und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sowie des damnum infectum (vgl. Note 6), haben sie keinen Formularprocess eingeführt [7]).

So blieb also in den Sachen des Centumviralgerichts der alte Sacramentsprocess, in den Sachen der judicia privata aber galt nunmehr Formularprocess. Damit war lediglich gesagt, dass der

---

6) Auch im Fall des damnum infectum (oben S. 115 a. E.) war nach Gaj. IV § 31 noch später das lege agere möglich. Hier handelte es sich zunächst überhaupt um keinen Process, sondern um Sicherstellung des Bedrohten, was nach altem Recht, wie es scheint, durch pignoris capio geschah. An die Stelle dieses Verfahrens trat nach prätorischem Recht kein Formularprocess, sondern ein Verfahren extra ordinem, welches mit den Mitteln der prätorischen Amtsgewalt dem Bedrohten Sicherstellung durch stipulatio (Schadensersatzversprechen) verschaffte. Also auch hier blieb die legis actio bei Bestand, weil kein judex bestellt und deshalb keine formula gegeben wurde. In anderen Fällen der alten pignoris capio gab der Prätor eine formula (und beseitigte damit die legis actio) unter der Fiction geschehener pignoris capio (Gaj. IV § 32), d. h. indem er den judex anwies, so zu urtheilen, als ob die pignoris capio vollzogen worden wäre. Beim damnum infectum aber, wo der Schaden noch erst erwartet wurde und es sich nicht um einen präsenten Anspruch, sondern nur um Sicherstellung handelte (wo die pignoris capio gewissermassen eine Execution im Voraus war), schloss sich ein solches Verfahren (sofortige Einsetzung eines judicium) von selber aus, und deshalb: weil kein Ernennungsdecret (formula), die Forterhaltung des Legisactionenverfahrens.

7) Die im Text gegebene Entwickelungsgeschichte des Formularprocesses ist eine Hypothese, aber nach meiner Ansicht eine Hypothese, welche gute Gründe für sich hat. Dem meines Erachtens Richtigen kommt am nächsten die Darstellung bei Bekker, Aktionen I, S. 87 ff.

judex hier für seine sententia die massgebende Fragestellung in dem obrigkeitlichen Ernennungsdecret, in der Mittheilung zu suchen habe, welche der Prätor ihm über den zu entscheidenden Rechtsfall zukommen liess. Sonst blieb Alles beim Alten. Es blieb die alte Scheidung von jus und judicium, es blieb, dass die Obrigkeit sich auf die blosse Einleitung, Zulassung und Formulirung des Rechtsstreits beschränkte, das entscheidende Endurtheil aber dem Geschworenen zufiel. Es blieb Alles, wie es war; nur die formale Grundlage des judicium wäre eine andere geworden. Als man jene Aenderung durch die lex Aebutia und die leges Juliae traf, mochte man glauben, sich nur von einigen unnütz gewordenen Formalitäten der Vorzeit zu befreien. So unbedeutend mochte die Neuerung erscheinen, und schwerlich kam man zu dem Bewusstsein, etwas sonderlich Grosses gethan zu haben, zumal ja von einer grundsätzlichen Reform des Civilverfahrens, wie wir in der Behandlung der Centumviralgerichtssachen sehen, vollständig abgesehen wurde.

Dennoch war es eine Neuerung von unermesslichen Folgen, welche mit einem Schlage vollzogen worden war.

Gaj. Inst. IV § 30. 31: Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus. tantum ex duabus causis permissum est lege agere, damni infecti et si centumvirale judicium futurum est. sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum praetorem; damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum, idque et commodius jus et plenius est.

§ 37.

Die formula.

Die Ertheilung der formula, des Ernennungsdecrets für den judex (oder die mehreren Geschworenen, recuperatores), welche früher neben der litis contestatio gestanden hatte, versah jetzt zugleich die Function der litis contestatio: sie formulirte den

Rechtsstreit zum Zweck seiner Entscheidung in judicio. Die Schriftformel der Obrigkeit trat an die Stelle der Spruchformel der Partei.

Formell war diese neue Art der litis contestatio von geringerer Rechtskraft als die alte solenne Parteihandlung des Legisactionenprocesses. Sie war überhaupt keine actio im Rechtssinn des Civilrechts, d. h., sie war keine Handlung, durch welche das auf das Gesetz gegründete Klagerecht der Partei zugleich ausgeübt und erschöpft wurde (vgl. oben S. 118), und zwar aus zwei Gründen: 1) weil sie keine Parteihandlung war, 2) weil sie eine schriftliche, d. h. für das alte Recht formlose, unfeierliche Handlung darstellte. Diese formula konnte ihrem Wesen nach und von Rechts wegen (ipso jure civili) zurückgenommen, wiederholt, verbessert werden, wenn ein Decret des Prätors es so verfügte. Sie war trotz der lex Aebutia und trotz der leges Juliae dennoch im Rechtssinne keine litis contestatio, und schloss deshalb von Rechtswegen (ipso jure) nicht aus, dass noch einmal derselbe Anspruch klageweise vor den Prätor gebracht und zum judicium befördert wurde. Es bedurfte einer ausdrücklichen exceptio rei in judicium deductae, bezw. exceptio rei judicatae, d. h. einer ausdrücklichen Verfügung des Prätors für jeden Einzelfall, um zu verhindern, dass die Sache, welche im Wege des Formularprocesses schon einmal zur Einsetzung eines judicium und vielleicht bereits zum Endurtheil gebracht war, nochmals den ganzen Weg des Processes aufs Neue durchmache [1]). Es erhellt daraus, dass nicht das

---

1) Gaj. Inst. IV § 106. 107: Et si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quae in factum concepta est, sive ea, quae in jus habet intentionem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei judicatae vel in judicium deductae. Si vero legitimo judicio in personam actum sit ea formula, quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatae vel in judicium deductae. Vgl. Gaj. III § 180. 181. — Aus der Vergleichung von Gaj. IV § 108 (oben S. 118 Note 2) ergiebt sich, dass die blos exceptionsweise (d. h. nur nach prätorischem Recht) eintretende Wirkung der litis contestatio mit dem Gegensatz des Formularprocesses gegen den Legisactionenprocess zusammenhängt. Wenn die in legitimo judicio (Process zwischen zwei römischen Bürgern inner-

Processverfahren als solches, nicht die Einsetzung eines judicium, noch die sententia des judex nach altem Recht dem Process die consumirende Wirkung gegeben hatte, sondern nur der solenne Rechtsact, durch welchen die Partei die Einsetzung eines judicium herbeiführte, die legis actio im eigentlichen Sinne des Worts, die altsolenne litis contestatio. Und dieser Rechtsact war im Formularprocess hinweggefallen. Es war für das Civilrecht der neue Process ein Verfahren ohne litis contestatio. Die Ertheilung der formula war der alten litis contestatio von Rechts wegen unebenbürtig.

Aber in dieser so unscheinbaren formula, diesem so kargen und knappen Schreiben des Prätors an den judex lag die ganze Zukunft nicht blos des römischen Civilprocessrechts, sondern ebenso des römischen Privatrechts und damit überhaupt des römischen Rechts beschlossen.

Der alte Legisactionenprocess mit seiner solennen, an das überlieferte Wort gebundenen litis contestatio, hatte nur über eine eng begrenzte Anzahl von Formulirungen des Rechtsstreits zu verfügen. Traf keine der überlieferten Schablonen zu, so musste man zu dem Umweg des sog. Sponsionsverfahrens (agere per sponsionem) greifen: der Eine versprach dem Andern durch formales Versprechen (sponsio) eine Geldsumme für den Fall, dass die in Frage stehende thatsächliche oder rechtliche Behauptung des Gegners wahr sei. Dann konnte aus dieser sponsio mit legis actio sacramento in personam (oben S. 116) geklagt, und durch

---

halb des römischen Meilensteins) ertheilte Formel für eine persönliche Klage mit intentio juris civilis ausnahmsweise ipso jure (schon nach Civilrecht) consumirende Wirkung übte, so mochte das damit zusammenhängen, dass in diesen Fällen (welche nach altem Recht in Form der legis actio per judicis postulationem oder per condictionem verhandelt werden konnten) die Erbittung der formula (und damit des judex) den Thatbestand der judicis postulatio bezw. condictio im alten Legisactionenprocess, d. h. einen civilrechtlich wirksamen Thatbestand (den Thatbestand einer legis actio) erfüllte. In den Fällen dieser Legisactionen wird überhaupt zuerst der Uebergang vom Legisactionenprocess zum Formularprocess thatsächlich sich vollzogen haben. Die Bitte um den judex ward zugleich zur Erbittung der formula, des Ernennungsdecrets mit Instruction', und daher die Erbittung der formula eine kraft gewohnheitsrechtlicher Entwickelung civilrechtlich gültige Form der judicis postulatio bezw. condictio, ein Aequivalent der alten legis actio.

das judicium über die sponsio ein judicium und sententia über die zu Grunde liegende That- oder Rechtsfrage erwirkt werden. Die Sponsionssumme ward dann nicht ausgezahlt, weil solche sponsio (sog. sponsio praejudicalis) nicht als Mittel, zu einer Geldsumme, sondern lediglich als Mittel, zum Process zu gelangen, als Processorgan dienen sollte[2]).

Die Formula des Prätors dagegen hatte keine Tradition, durch welche sie eingeschnürt gewesen wäre. Die formula bedeutete die Formulirung des Rechtsstreits in formfreier, ungebundener, wie die alte litis contestatio die Formulirung des Rechtsstreits in gebundener Rede. Daher konnte die formula unmittelbar jede Frage und jede Combination von Fragen, welche der Prätor für processfähig erachtete, dem judex zur Entscheidung in judicio unterbreiten. Der Prätor war es, welcher mit der Formulirung des Rechtsstreits zugleich dem judex directe Weisung über die Entscheidung des Rechtsstreits zu geben im Stande war. Denn davon, wie der Prätor jetzt die Processfrage formulirte, hing es ab, ob der judex condemnirte oder absolvirte.

Die formula musste das Mittel werden und ward das Mittel, nicht blos die Formulirung, sondern auch die Entscheidung des Rechtsstreits von dem altüberlieferten Gesetzesrecht, von der Alleinherrschaft des Civilrechts zu befreien. Mit der formula nahmen der Prätor und sein jus honorarium Besitz von dem römischen Rechtsleben.

Bisher, im Legisactionenprocess, war der judex von den Weisungen, welche der Prätor ihm etwa im Ernennungsdecret (formula) ertheilte, von Rechtswegen unabhängig: er hatte sich amtlich nur an die Weisung zu halten, welche in der solennen litis contestatio der Parteien für sein judicium gegeben war, und hatte nach Massgabe des Civilrechts diese so contestirte lis zu entscheiden. In jure schaltete die magistratische Gewalt; in

2) Anders bei der sponsio poenalis, d. h. bei der sponsio über den Ausgang eines Processes, wo die Auszahlung der Geldsumme Absicht war. Der sponsio poenalis des Beklagten musste der Kläger eine restipulatio entgegensetzen d. h. gleichfalls dieselbe Summe für den Fall des Processverlustes versprechen. Die sponsio praejudicialis dagegen forderte keine restipulatio des Klägers. Vgl. Gaj. Inst. IV § 13. 94. 171. — Bekker, Aktionen I S. 246 ff.

judicio aber durch das Mittel des judex allein das durch Gesetz und Herkommen überlieferte Civilrecht. Jetzt ward das Verhältniss von prätor und judex, und zugleich damit das Verhältniss von prätorischem Recht und Civilrecht ein anderes. Die Weisungen des Ernennungsdecrets (formula) waren für den judex amtlich verbindlich geworden. Dieser hatte nur die Frage zu entscheiden, welche in der prätorischen formula gestellt war, und er hatte sie mit den Einschränkungen und nach der Massgabe zu entscheiden, wie sie in der formula zum Ausdruck gelangte. Der Geschworene (der judex) ward von dem Prätor abhängig. Er musste nach Massgabe der prätorischen Weisung (formula) den Beklagten freisprechen, auch wenn er nach Civilrecht ihn hätte verurtheilen müssen. Er musste in andern Fällen umgekehrt wiederum, kraft der Anweisung des Prätors, den Beklagten verurtheilen, wo er ihn nach Civilrecht hätte freisprechen müssen (vgl. § 38. 40). Aus einem Organ des Civilrechts war der Geschworene mit einem Schlage in ein Organ zunächst des prätorischen Rechts verwandelt.

Der Prätor war durch das Mittel der formula der Herr des ganzen Verfahrens, auch des Verfahrens in judicio geworden, und Process und Rechtsleben traten unter die Herrschaft des Edicts. Das Civilrecht galt im Process nur noch, soweit das prätorische Edict ihm Raum zu lassen gesonnen war [3]).

Hier sehen wir die ganze künftige Entwickelung des römischen Rechts vor uns. Es ist klar, dass durch den Formularprocess die Scheidung von jus und judicium ihre alte Schärfe unwiederbringlich verlor. Der judex ist nicht mehr der unabhängige Privatmann, welcher lediglich an das geltende Recht gebunden ist. Er ist zu einem Organ der magistratischen Gewalt, er ist schon jetzt zu einer Art von Unterbeamten geworden. So ist durch die Ausbildung des Formularprocesses die spätere Aufhebung des Gegensatzes von jus und judicium (unten § 44) entscheidend vorbereitet worden. Zugleich aber, indem der Magistrat zur Herrschaft über den judex gelangte, ergriff er auch die volle Herrschaft über die Rechtsentwickelung. Mit dem

3) Zu weit geht Schultze, Privatr. u. Proc. S. 383 ff., wenn er die Aufhebung des Civilrechts als formales Recht behauptet.

Formularprocess beginnt jene folgenreiche mächtige Entfaltung des jus honorarium, welche das jus civile umgestaltete und das classische römische Recht hervorbrachte. Auf die Reformation des Processes folgte die Reformation des Rechts.

§ 38.

Intentio und actio.

Jede formula beginnt mit der Ernennung des judex (Titius judex esto) oder der mehreren judices (Titius, Maevius et Lucius recuperatores sunto). Diese Ernennung war einst das allein an der formula Erhebliche. Sie ist jetzt die Einleitung zu dem eigentlichen Inhalt der formula geworden.

Die formula ist für die Regel als Condemnationsbefehl stylisirt. Die intentio ist die Bedingung der condemnatio. Sie formulirt die Processfrage. Nach der Natur der Processfrage, und daher nach dem Inhalt der intentio, bestimmt sich die Natur der actio. So viel Arten der intentio, so viel Arten der actio.

Entweder ist die Processfrage eine Rechtsfrage, z. B. die Frage, ob der Kläger Eigenthümer nach Civilrecht, oder ob der Kläger Gläubiger nach Civilrecht sei. Die intentio geht dann auf ein ejus esse ex jure Quiritium, oder auf ein dare oportere: die actio ist eine actio in jus concepta.

Oder: Die Processfrage ist eine blosse Thatfrage. Es liegt kein Eigenthum, noch ein Forderungsrecht nach jus civile, sondern nur ein Thatbestand vor, an welchen der Prätor eine Klage geknüpft hat: z. B. die Thatsache, dass der Eine dem Andern seine Sache als Hypothek verpfändet hat (nur der Prätor, nicht das Civilrecht giebt dem Erwerber des Hypothekenrechts die dingliche Pfandklage), oder dass der Freigelassene seinen Patron ohne Erlaubniss des Prätors vor Gericht geladen hat (nur der Prätor giebt in solchem Fall dem Patron eine Strafklage gegen den Libertus). Hier nennt die intentio keine Rechtsbefugnisse, sondern lediglich ein thatsächliches Verhältniss, von dessen Dasein oder Nichtdasein die Entscheidung des Processes abhängt. Eine actio mit solcher intentio ist eine actio in factum concepta.

Die actio in factum concepta dient dem Prätor, um neue Rechte thatsächlich zu creiren, welche dem Civilrecht unbekannt

sind (z. B. das Hypothekenrecht, das Strafforderungsrecht des Patrons gegen den unehrerbietigen Libertus).

Der Prätor hat aber noch andere Mittel, mit denen er zu dem gleichen Ziel gelangt. Er kann die intentio juris civilis (die intentio in jus concepta) beibehalten, aber unter Modificationen, welche dem Civilrecht fremd sind. Er weist den judex an, den Anspruch, welchen das Civilrecht giebt (das ejus esse ex jure Quiritium, das dare oportere), als vorhanden anzusehen, aber unter Voraussetzungen, welche der Prätor selbständig formulirt. So kennt z. B. das römische Civilrecht keine Cession, d. h. keine Uebertragung der Forderung. Auch wenn der Gläubiger einem Andern seine Forderung verkauft und abgetreten hat, ist doch nach Civilrecht nicht dieser Andere (der Cessionar), sondern immer nur der Gläubiger (der Cedent) klageberechtigt. Der Prätor aber giebt dem Cessionar die Klage des Gläubigers (auf dare oportere, also mit intentio in jus concepta), aber mit einer Modification der intentio, welche den judex anweist, den Cessionar als Gläubiger anzusehen und demgemäss zu entscheiden. So entsteht der Begriff der actio utilis. Actio utilis ist die Klage mit modificirter intentio. Sie hat zu ihrem Gegenstück die actio directa, die Klage mit originaler intentio, deren intentio der actio utilis zum Vorbild dient. So hat also in dem gewählten Beispiel der Gläubiger (der Cedent) die actio directa, der Cessionar aber actio utilis.

Eine besonders wichtige Form der actio utilis ist die actio fictitia, d. h. die Klage, wo die Modification der intentio in Einschiebung einer Fiction besteht. Der judex soll fingiren, dass eine Voraussetzung des Civilrechts (von welcher die Wahrheit der intentio abhängig ist) vorhanden sei, d. h. er soll davon absehen, dass diese Voraussetzung nicht vorhanden ist. Ein Beispiel ist die actio Publiciana in rem. Sie ist eine utilis rei vindicatio. Das heisst, sie ist eine rei vindicatio (Eigenthumsklage mit der intentio: ejus esse oportere ex jure Quiritium) mit Modification der intentio. Wer eine Sache vom Nichteigenthümer gekauft und tradirt erhalten hat, ist noch nicht Eigenthümer, aber er kann Eigenthümer werden durch Ersitzung (unten § 51), wenn er eine bestimmte Zeit lang die in gutem Glauben erworbene Sache besessen hat. Ist die Ersitzungsfrist abgelaufen, so hat er die richtige rei vindicatio (directa rei vindicatio), er

ist ja Eigenthümer. So lange die Ersitzungsfrist aber noch nicht abgelaufen ist, kann er keine rei vindicatio (nach Civilrecht) haben: er ist ja noch nicht Eigenthümer. Aber der Prätor will ihm trotzdem — und aus guten Gründen — schon vor Ablauf der Ersitzungsfrist die rei vindicatio geben (ausgenommen nur gegen den wahren Eigenthümer). Wie muss er das anfangen? Er modificirt die intentio der rei vindicatio durch Einschiebung einer Fiction: der judex soll fingiren, dass die Ersitzungsfrist bereits abgelaufen sei, d. h. er soll davon absehen, dass sie noch **nicht** abgelaufen ist. Er giebt also dem in Ersitzung Begriffenen eine fictitia rei vindicatio, die sog. actio Publiciana in rem (§ 53), deren intentio lautet:

> Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, **anno possedisset**, tum si eum hominem, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esse oporteret, —.

Also eine actio in jus concepta: die Processfrage (intentio) ist eine Rechtsfrage des Civilrechts (ejus esse oportere ex jure Quiritium). Aber modificirt, so modificirt, dass trotz des Civilrechts der Ersitzungsbesitzer durch diese Klage gerade so geschützt wird, als ob die Ersitzungsfrist bereits abgelaufen wäre. Auch der Ersitzungsbesitzer hat die rei vindicatio, aber eine utilis rei vindicatio (die actio Publiciana). Wahrscheinlich war die actio fictitia die älteste Form der actio utilis. Der Prätor schloss sich hier noch möglichst nahe an das Civilrecht an, wenngleich er dasselbe fortbildete.

Der Gegensatz von actio directa und actio utilis ist aber nicht blos auf dem Gebiet der actio in jus concepta, sondern ebenso auch auf dem Gebiet der actio in factum concepta möglich, obgleich in letzterem Fall der Prätor von vornherein innerhalb seines eigenen Machtbereichs sich befindet. War für einen bestimmten Thatbestand vom Prätor eine Klage gegeben worden, und stellte sich dann das Bedürfniss heraus, auch einen nächstverwandten Thatbestand mit gleicher Klage zu bedenken, so ward die für den ursprünglich bedachten Thatbestand bestimmte Klage mit einer Modification der (hier den Thatbestand nennenden) intentio auch für diesen weiteren Thatbestand gegeben. Jene war dann die directa, diese die utilis actio. Ein Beispiel giebt die Pfandklage. Eine dingliche Pfandklage (zu Gunsten des Pfandgläubigers gegen den Besitzer der Pfandsache) ward zunächst nur für den Fall gegeben, dass der Pächter eines Landgrundstückes (praedium

rusticum) seine Invecta und Illata (sein Inventar) dem Verpächter verpfändet hatte: der Verpfänder hatte zum Schutz seines Pfandrechts die actio Serviana. Dann stellte sich als billig heraus, dass nicht blos der Verpächter, sondern überhaupt jeder Pfandgläubiger durch Pfandklage geschützt werden müsse. Diese anderen Pfandgläubiger bekamen eine utilis actio Serviana (auch quasi Serviana actio genannt), d. h. sie bekamen die gleiche Pfandklage, wie der Verpächter, aber natürlich mit modificirter intentio.

So ist die actio directa das Original, dem eine andere Klage nachgebildet ist; die actio utilis aber die Copie.

Die actio utilis ist (ebenso wie die actio in factum) immer eine prätorische Klage (actio honoraria), d. h. sie hat ihre Quelle in dem jus honorarium; die actio directa aber ist bald eine actio civilis, d. h. sie hat ihre Quelle im Civilrecht, bald eine actio honoraria, (so wenn einer actio in factum eine actio utilis nachgebildet wird).

Die actio utilis ist immer ein Symptom der Fortbildung des Rechts (ebenso wie die actio in factum concepta), aber bald des Civilrechts, bald des prätorischen Rechts.

Beide Arten von Klagen: die actio utilis und die actio in factum concepta bedeuten die Macht des Prätors über das Rechtsleben, zunächst über den judex. Die Subordination des judex unter den Prätor verpflichtet ihn, auf eine actio in factum und eine actio utilis hin zu condemniren, obgleich die Voraussetzungen des Civilrechts **nicht** erfüllt sind.

Die Gegensätze, welche uns bisher beschäftigt haben: actio civilis und honoraria, actio in jus und in factum concepta, actio directa und utilis, sind rein formaler Art. Sie ergeben sich aus dem äusseren Verhältniss der intentio zum Civilrecht einerseits, zum prätorischen Edict andrerseits, d. h. aus dem Verhältniss der intentio zum **objectiven** Recht.

Ein weit grösseres Interesse aber bietet die intentio, sofern wir ihren materiellen Inhalt, also das **subjective** Recht, betrachten, welches durch das Mittel der intentio seine Verwirklichung verlangt. Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen, ergiebt sich aus den Arten der intentio das **Actionensystem**, welches das **Privatrechtssystem** widerspiegelt.

Gaj. Inst. IV, § 41: Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suam concludit, velut haec pars formulae: SI PARET N.

Negidium A. Agerio sestertium X Milia dare oportere. item haec: Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere, item haec Si paret, hominem ex jure Quiritium A. Agerii esse.

§ 45 eod.: Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum decidi oportere: in quibus juris civilis intentio est. § 46: Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae, nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in jus vocavit: nam in ea ita est: recuperatores sunto. si paret, illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in jus vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertivm X Milia condemnate: si non paret, absolvite — — et denique innumerabiles ejusmodi aliae formulae in albo proponuntur. § 47: Sed ex quibusdam causis Praetor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati: illa enim formula, quae ita concepta est: ivdex esto. qvod A. Agerius apvd N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius judex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat. Si non paret, absolvito, in jus concepta est; at illa formula, quae ita concepta est: Judex esto. si paret, A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. Negidium A. Agerio condemnato. Si non paret, absolvito, in factum concepta est. similes etiam commodati formulae sunt.

§ 39.

Das Actionensystem.

I. Die intentio ist entweder persönlich (in personam) oder unpersönlich (in rem) concipirt, d. h. die intentio nennt entweder die Person des Verklagten (und event. zu Condemnirenden) oder sie nennt diese Person nicht, sondern nur die Person des Klägers (des Berechtigten). Auf diesem Gegensatz ruht die oberste Eintheilung aller Klagen: die Eintheilung in actiones in personam (mit intentio in personam) und actiones in rem (mit intentio in rem).

Der Gegensatz ist kein äusserlicher, sondern durch die innerste Natur der Privatrechte begründet. Eine gewisse Klasse von Privatrechten, die Forderungsrechte, erschöpft sich in der Verpflichtung einer *einzigen* Person (des Schuldners), und kann das concrete Forderungsrecht nicht bezeichnet werden, ohne zugleich diese eine Person (den Schuldner) zu bezeichnen. Das *Recht* des Klägers schon sieht und bestimmt seinen Gegner (den Schuldner), und damit den Beklagten. Die intentio (mag sie in jus oder in factum concipirt sein) muss diese Person des Schuldners nennen, weil die Person des Schuldners das Recht individualisirt: ein anderer Schuldner, ein anderes Recht (die intentio lautet z. B.: N.^{um} N.^{um} A.^{o} A.^{o} dare oportere). Dagegen sind alle übrigen Rechte (insbesondere, aber nicht allein, die Sachenrechte, z. B. das Eigenthum) der Art, dass sie nicht in der Verpflichtung eines bestimmten Einzelnen bestehen, sondern in einer Befugniss, welche *Jedermann* gegenüber nicht blos besteht, sondern auch geltend gemacht werden kann. Das Recht hat als solches keinen persönlichen Gegner. Erst die *Verletzung* des klägerischen Rechts bestimmt den Gegner und damit den Beklagten. Und *jede* Verletzung wird aus dem Recht heraus immer wieder die *gleiche* Klage erzeugen: auch bei verschiedenen Gegnern immer das *gleiche* Recht. Die intentio ist hier unpersönlich (z. B. A.^{i} A.^{i} esse ex jure Quiritium), d. h. sie nennt den Beklagten nicht, der Beklagte erscheint erst in der condemnatio.

Die Natur der intentio bestimmt die Natur der actio.

Die Klage aus dem Forderungsrecht ist eine actio in personam, die Klage aus einem anderen Recht (z. B. Eigenthum, Pfandrecht, Familiengewalt, Erbrecht) *ist eine actio in rem.* Privatrechtlich ausgedrückt: Die Forderungsrechte sind Rechte mit persönlich gerichtetem, die übrigen Rechte aber Rechte mit absolutem Inhalt.

II. Die dinglichen Klagen (actiones in rem) entspringen theils aus dinglichen Rechten (unten § 47 ff.), z. B. dem Eigenthum (rei vindicatio, actio negatoria), theils aus Familienrechten (z. B. der Gewalt des Vaters über die Kinder: vindicatio in patriam potestatem), theils aus dem Erbrecht (hereditatis petitio, interdictum quorum bonorum), theils aus den Statusrechten, d. h. dem Recht auf Anerkennung des Personenstandes (z. B. der Ingenuität, der Kind-

schaft, der Freiheit von der väterlichen Gewalt). Die Statusklagen heissen Präjudicialklagen (praejudiciales actiones).

Die sog. actio in rem scripta ist keine actio in rem, sondern eine persönliche Klage (also mit gegebenem Gegner) aus einem Forderungsrecht, nur mit der Eigenthümlichkeit, dass der Schuldner nicht definitiv bestimmt ist, sondern durch einen Zustand bezeichnet wird, dessen Träger wechseln kann. Sie ist also eine actio in personam, deren Gegner (der Schuldner) immer nur auf Zeit gegeben ist. Ein Beispiel ist die Theilungsklage, mit welcher ich die Theilung der gemeinschaftlichen Sache von dem gegenwärtigen Miteigenthümer verlange.

III. Die Forderungsrechte entspringen entweder aus Contracten (oder contractsähnlichen Thatbeständen) oder aus Delicten (oder delictsähnlichen Thatbeständen). Daher sind die actiones in personam entweder Contractsklagen (bezw. Quasicontractsklagen) oder Delictsklagen (bezw. Quasidelictsklagen [1]).

IV. Die Contracte sind entweder negotia stricti juris (mit präcis bestimmter Verbindlichkeit) oder negotia bonae fidei (mit unpräciser Verbindlichkeit [2]). Daher sind die Contractsklagen entweder actiones stricti juris oder actiones bonae fidei. Die actio stricti juris führt den Namen condictio.

Die intentio der actio bonae fidei ist immer eine incerta (Quidquid N.um N.um A.o A.o dare facere oportet ex bona fide), die intentio der actio stricti juris nur dann, wenn das negotium stricti juris geradezu auf ein incertum gestellt ist. In den Fällen der incerta intentio (also in allen Fällen der actio bonae fidei) beginnt die intentio mit einer sog. demonstratio, d. h. mit der Benennung des Contracts, auf Grund dessen das incertum (das Quidquid) sich bestimmt. Also z. B. Quod A.us A.us apud N.um N.um hominem deposuit, quidquid etc.

V. Die Delicte verpflichten entweder zum Schadensersatz oder zur Strafzahlung oder zu Beidem, und im letzteren Falle kann dieselbe eine Klage sowohl zur Geltendmachung des Ersatz- wie des Strafanspruchs dienen, oder es sind auf Grund des Delicts (z. B. des Diebstahls) zwei selbständige Klagen gegeben, von denen die eine (so die condictio furtiva) nur dem Ersatz-

1) Vgl. unten § 64.
2) Vgl. unten § 63.

anspruch, die andere (so die actio furti) nur dem Strafanspruch dient. Die Delictsklagen sind daher entweder rei persequendae causa comparatae (gehen nur auf Ersatz) oder poenae persequendae causa comparatae (gehen nur auf Strafe) oder mixtae (dieselbe Klage geht auf Schadensersatz und Strafe).

Der Strafanspruch aus dem Delicte steht entweder nur dem Verletzten, oder aber Jedermann (cuivis ex populo) zu. Die Strafklagen (actiones poenae persequendae causa comparatae) sind daher entweder privatae (nur dem Verletzten zuständig) oder populares.

§ 1 I. de actionibus (4. 6): Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re quaeritur, summa divisio in dua genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio: quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis; aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

§ 13 eod.: Praejudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo.

§ 17 eod.: Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, eae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur: veluti quibus quis mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem praetor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit aut cum herede ejus de dolo ipsius agitur, quo casu mixta est actio. § 18. Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae quam rei persequendae et ob id mixtae sunt.

§ 20 eod.: Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam: qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut dividatur. Item finium regundorum actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent.

§ 28 eod.: Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi. — — § 30. In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari.

§ 40.

Condemnatio und exceptio.

I. Die condemnatio ist der in der formula ertheilte Condemnationsbefehl des Prätors. Die Bedingung der condemnatio ist die intentio. Ist die intentio wahr, so soll condemnirt werden. Nur die formula der Präjudicialklage (S. 134) besteht allein in der intentio: sie soll den judex lediglich veranlassen, die ihm vorgelegte Frage (die Statusfrage) klarzustellen (pronuntiatio); einer condemnatio bedarf es nicht.

Der Condemnationsbefehl des Prätors geht durchweg darauf, dass der judex zu einer Geldsumme condemnire (pecuniaria condemnatio); auch dann, wenn der Kläger mit einer Klage durchgedrungen ist, kraft deren er die Herausgabe einer bestimmten beim Verklagten befindlichen Sache zu fordern berechtigt ist.

Nur die liquide Geldschuld ist nach älterem und noch nach klassischem römischen Recht der processualischen Execution fähig. Darum muss der judex, indem er durch sein Urtheil das Recht des Klägers liquide stellt, es zugleich in ein Recht auf eine Geldsumme verwandeln.

Die pecuniaria condemnatio führt häufig Unbilligkeiten mit sich. So z. B. in dem eben angedeuteten Fall, dass der Kläger sein Eigenthum an einer von dem Beklagten ihm vorenthaltenen Sache nachgewiesen hat. Er wird, obschon er mit seiner Eigenthumsklage (rei vindicatio) durchdringt, dennoch in Folge der blossen Verurtheilung des Beklagten zu einer Geldsumme, nicht diese seine Sache, sondern nur eine vom Beklagten geleistete Geldentschädigung erhalten. Der Beklagte behauptet sich im Besitz der Sache, obgleich er den Process verliert. Ja, der Beklagte wird Eigenthümer (nach prätorischem Recht) in demselben

Augenblick, wo er dem Kläger die Geldentschädigung (quanti ea res est) auszahlt. Der Erfolg der siegreich durchgeführten Eigenthumsklage ist die Expropriation des Klägers, der Verlust des Eigenthums.

Ein anderer Fall ist die Noxalklage. Hat der Sklav ein Delict begangen, so haftet der Herr in der Weise, dass er entweder die Folgen des Delicts (Schadensersatz und Strafzahlung) auf sich nehmen, oder den Sklaven an den durch das Delict Betroffenen ausliefern muss (noxae deditio). Der Gedanke des Rechts ist, dass durch die Aussicht, den Sklaven selber verlieren und gerade einem Feind ausliefern zu müssen, ein Druck auf den Willen des Herrn geübt werden soll. Der Herr soll sich zur Leistung der Busse entschliessen. Durch die pecuniaria condemnatio wird aber diesen Rechtssätzen die Spitze abgebrochen. Der Herr wird, auch wenn er die Busse nicht zahlt, dennoch nicht zur Herausgabe des Sklaven condemnirt, sondern nur zur Zahlung des Werthes des Sklaven. Er behält den Sklaven, obgleich der Sinn jener Rechtssätze ist, dass er ihn verlieren soll. Die Wirkung des persönlichen Elementes, welche beabsichtigt ist, ist durch die pecuniaria condemnatio beseitigt.

Eine Schwierigkeit anderer Art ergab sich bei den negotia stricti juris, d. h. bei den Geschäften, welche streng nach ihrem Wortlaut ausgelegt werden (zum Beispiel die Stipulation, unten § 67). War durch negotium stricti juris eine Leistung an einem bestimmten Ort zugesagt worden (z. B. durch das Stipulationsversprechen: Ephesi centum dare), so konnte die Leistung nur an diesem Ort gefordert und der Verklagte nur an diesem Ort condemnirt werden. Denn anderswo zu leisten hatte der Schuldner nicht versprochen, und wenn der Gläubiger anderswo klagte, so forderte er etwas anderes, als ihm versprochen war (plus petitio) und musste seinen Process verlieren. Aber er konnte vielleicht an dem bestimmten Ort (in Ephesus) nicht klagen, denn der Beklagte blieb von demselben beharrlich fern, und ein Verfahren gegen einen abwesenden Beklagten gab es nach älterem Recht nicht. Hier musste doch dem Gläubiger geholfen werden. Er musste berechtigt sein, auch an einem anderen Orte zu klagen, an dem ihm dann aber natürlich nicht das Recht genau auf die zugesagte Leistung, sondern nur das Recht auf das Interesse an

dieser Leistung unter Berücksichtigung des Ortsinteresses zustand. Dazu bedurfte es aber einer Modification in dem Condemnationsbefehl, denn die condemnatio ging bei der actio stricti juris nicht auf das Interesse des Klägers an der Leistung, sondern schlechtweg auf den Werth der Leistung in Geld ausgedrückt. Ward eine bestimmte Geldsumme mit actio stricti juris (condictio certi) gefordert, so ging die Condemnation genau auf diese Geldsumme, nicht mehr und nicht weniger, nicht aber auf das Interesse des Klägers an dieser Geldsumme [1]). Ebenso wenn es sich nicht um eine Geldsumme, sondern um bestimmte Sachen oder um irgend eine andere Leistung handelte, welche durch negotium stricti juris versprochen war. Nicht das Interesse des Gläubigers an dieser Sache oder Handlung, sondern nur der objective Werth dieser Sache oder Handlung konnte dem Kläger auf Grund der actio stricti juris zuerkannt werden. Diesen objectiven Werth aber vermochte er nur an dem Orte zu fordern, an welchem die Leistung zugesagt war. An jedem anderen Orte forderte er etwas ihm nicht Geschuldetes und verlor seinen Process.

Also: bei den oben zuerst genannten Klagen auf restituere oder exhibere lag die Unbilligkeit darin, dass die Condemnation nur auf das Interesse und nicht vielmehr auf Naturalbefriedigung des Klägers, bei den actiones stricti juris lag sie umgekehrt darin, dass die Condemnation nicht auf das Interesse, sondern nur auf den absoluten Werth der Leistung möglich war, bei der Noxalklage endlich darin, dass an Stelle der Herausgabe des Sklaven nur der Werth des Sklaven vom Herrn herausgegeben zu werden brauchte.

Das war eine sehr verschiedenartige Reihe von Fällen. Aber in allen Fällen dieser Art war die Engherzigkeit der condemnatio der Grund des Uebels, und zwar entweder insofern die condemnatio blosse Geldcondemnation war, oder insofern die Geldcondemnation (bei den actiones stricti juris) in gewisse enge Grenzen geschnürt war. Infolge dessen konnte der Prätor in allen Fällen durch das gleiche Mittel helfen, nämlich durch eine Umbildung der condemnatio. Er gab dem judex die Vollmacht, nicht

1) Daher konnte z. B. bei verspäteter Leistung das Verzugsinteresse (z. B. Verzugszinsen) vom Kläger nicht gefordert werden. Aus demselben Grunde war die Berücksichtigung des Ortsinteresses ausgeschlossen.

blos condemniren, sondern auch arbitriren zu können, d. h. eine Entscheidung geben zu können, welche den Umständen nach bemessen ist. Das Arbitrium ist das von den Schranken des Condemnationsbefehls befreite weitherzige Urtheil.

So wird es also den Umständen bei der Eigenthumsklage und anderen ähnlichen Klagen (auf restituere oder exhibere) angemessen sein, wenn der Beklagte zur Naturalbefriedigung des Klägers angehalten wird: es ergeht an ihn, nachdem das Eigenthum oder sonstige Recht des Klägers festgestellt ist, ein arbitratus (jussus) de restituendo oder de exhibendo. Leistet der Beklagte demselben keine Folge, so erfolgt zwar keine Vollstreckung (weil dem älteren und dem klassischen römischen Recht nur die Vollstreckung der Geldschuld bekannt ist, und ebendesshalb nur eine Geldverurtheilung eine richtige Condemnation ist), aber es folgt jetzt die Condemnation, und zwar indem der Richter (dem dolosen Beklagten gegenüber) den Kläger die Höhe seines Interesses an der Sache durch Eid feststellen lässt (jusjurandum in litem). Hat der Beklagte eigenwillig die Erfüllung des arbitratus de restituendo verweigert, so wird der Richter auf Grund des klägerischen Eides ihn voraussichtlich in eine Geldsumme verurtheilen, welche den Werth der Sache weit übersteigt, mit anderen Worten: die Geldcondemnation wird jetzt, (nachdem der arbitratus de restituendo vorausgegangen ist) zu einem Mittel für die Bestrafung des widerspenstigen Beklagten. Damit ist ein zwar indirectes, aber doch sehr wirksames Executionsmittel für das arbitrium de restituendo geschaffen worden, und jedenfalls für die weitaus grösste Mehrzahl der Fälle die Unbilligkeit der pecuniaria condemnatio beseitigt.

Aehnlich wird das Verfahren im Fall der Noxalklage sich gestaltet haben. Der judex erliess, falls der Herr die Busse nicht zahlen wollte, den arbitratus (jussus), ut servum noxae dedat. Geschah dies nicht, so hatte der judex dann in der Geldcondemnation auch hier ein Mittel, den Herrn empfindlich zu treffen. Die Pflicht des Herrn, entweder die Busse zu zahlen oder aber den Sklaven wirklich herzugeben, ward realisirt.

In den Fällen der actio stricti juris, wo es sich um Condemnation an einem anderen Orte handelte, war die Sache noch einfacher: der Prätor ermächtigte den judex zu einem arbitrium,

durch welches er den Beklagten auf das Interesse des Klägers an der Leistung (unter Berücksichtigung also des Orts) verurtheilte. Dies arbitrium war natürlich exequirbar, weil es direct auf Geld lautete.

Durch das Vorige ist der Begriff der actio arbitraria festgestellt. Sie ist eine Klage mit weitherzigem Condemnationsbefehl. Der judex hat eine freiere Stellung, indem ihm der arbitratus gestattet ist. In diesem Sinn sind die Klagen auf restituere und exhibere, die Noxalklage und die Klage aus einem negotium stricti juris auf das Interesse (unter Berücksichtigung des Orts) actiones arbitrariae. In allen Fällen ist es das gleiche Mittel, durch welches einer Unbilligkeit abgeholfen wird: die Umbildung der condemnatio.

In der formula einer Klage auf restituere oder exhibere ward dem Condemnationsbefehl die Anweisung zum Erlass des arbitratus de restituendo oder de exhibendo vorangeschickt. Es hiess nicht schlechtweg: condemna, sondern: neque (nisi) arbitratu tuo restituat (exhibeat) condemna. Es konnte nur condemnirt werden (zu Geld), nachdem der Restitutionsbefehl (das arbitrium) fruchtlos erlassen war. In ähnlicher Weise muss bei der Noxalklage die Clausel: nisi arbitratu tuo noxae dedat, dem Condemnationsbefehl voraufgeschickt worden sein.

Die Klage auf das Interesse, welche auf Grund eines örtlich lautenden negotium stricti juris gegeben wird, heisst actio arbitraria de eo quod certo loco. Die formula gab hier wahrscheinlich dem judex auf, gemäss seinem arbitratus (seinem billigen Dafürhalten) zu condemniren.

So gaben die actiones arbitrariae dem judex eine ähnlich freiere Stellung, wie er sie auch bei den actiones bonae fidei hatte. Aber der Unterschied blieb, dass die actio bonae fidei kraft ihrer intentio, die actio arbitraria aber kraft ihrer condemnatio dem judex diese freiere Stellung verschaffte. Bei der actio bonae fidei ist es schon das den Processgegenstand bildende Recht des Klägers (seinem Inhalt nach), welches den judex auf sein Ermessen verweist, bei der actio arbitraria aber ist es der Befehl des Prätors (der Condemnationsbefehl durch seine hier eintretende Umgestaltung), unabhängig von der Natur des klägerischen Rechts. Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass eine Klage zu-

gleich bonae fidei und arbitraria sei, aber jenes ist sie um ihrer intentio, dieses um ihrer condemnatio willen [2]).

Gaj. Inst. IV § 48: Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.

§ 31 I. de act. (4, 6): Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus causa aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et caeteris similibus permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

II. Die exceptio. In den Fällen der actio arbitraria liegt eine Umbildung der condemnatio und demgemäss Erweiterung der Condemnationsbefugniss, in den Fällen der exceptio aber eine Ausnahme von der condemnatio und dem entsprechende Beschränkung der Condemnationsbefugniss vor.

Ist die intentio wahr, so ist zu condemniren. Dies ist das normale Verhältniss. Die exceptio bewirkt, dass ausnahmsweise trotz Wahrheit der intentio dennoch nicht condemnirt wird. Der Prätor hat dem judex für den Fall, dass die exceptio begründet ist, die Condemnation auch wenn wegen Wahrheit der intentio an sich condemnirt werden müsste, verboten. Die Erheblichkeit des durch das Mittel der exceptio geltend gemachten Thatbestandes ruht also immer auf ausdrücklicher prätorischer Anweisung an den judex. Daher bildet die Vertheidigung ope exceptionis den Gegensatz zu der Vertheidigung ipso jure. Der Beklagte beruft sich auf einen ipso jure wirkenden Vertheidigungsgrund, wenn er schon kraft des Wortlautes der intentio, auf einen ope exceptionis wirkenden Vertheidigungsgrund, wenn er nur auf

---

2) Vgl. O. Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts (1878) S. 55 ff.

Grund des Wortlautes der condemnatio, nämlich auf Grund einer ausdrücklich eingeschobenen Ausnahme vom Condemnationsbefehl (exceptio) freigesprochen werden kann.

Das Wesen der exceptio ist, dem Gegensatz des prätorischen Rechts gegen das Civilrecht Ausdruck zu geben. Dem Kläger sind z. B. durch ein streng und wörtlich verpflichtendes Rechtsgeschäft (negotium stricti juris), etwa durch Stipulation, hundert versprochen worden. Bald darauf hat er dem Schuldner in formloser Weise die Schuld erlassen (pactum de non petendo). Ein solches pactum de non petendo ist nach Civilrecht in unserem Fall ungültig, nach prätorischem Recht aber gültig. Nun klagt der Kläger mit der actio stricti juris (condictio certi). Die intentio lautet: Si paret N.^{um} N.^{um} (Schuldner) A.^{o} A.^{o} (dem Gläubiger) C dare oportere. Diese intentio ist wahr, denn nach Civilrecht (dare oportere) ist der Schuldner dem Gläubiger trotz des pactum de non petendo immer noch die hundert schuldig. Beklagter müsste also condemnirt werden. Aber der Prätor fügt dem Condemnationsbefehl die Ausnahme bei: si non inter A.^{um} A.^{um} et N.^{um} N.^{um} pactum sit, ne petatur (sog. exceptio pacti de non petendo). Also, wenn der Schuldner das pactum de non petendo beweist, muss er in Folge prätorischer Anweisung vom judex dennoch freigesprochen werden. Ganz in ähnlicher Weise kann einem civilrechtlichen Anspruche gegenüber die Berufung des Beklagten auf Betrug seitens des Gegners (exceptio doli), auf Bedrohung (exceptio metus), auf Vergleich (exceptio transactionis), auf einen ausgeschworenen Schiedseid (exceptio jurisjurandi) in Form einer exceptio geltend gemacht werden. Das Civilrecht berücksichtigt alle diese Umstände grundsätzlich nicht. Würde der Beklagte sich auf Zahlung berufen, so würde er schon ipso jure frei sein, einer exceptio nicht bedürfen, sondern schon kraft der intentio absolvirt werden müssen (das dare oportere ist nicht mehr wahr). Aber durch Betrug, Furcht u. s. w. wird das dare oportere grundsätzlich nicht berührt. Die intentio bleibt wahr. Der Beklagte müsste verurtheilt werden. Der Prätor hilft ihm durch eine exceptio: der judex darf den Beklagten nicht condemniren, obgleich es nach Civilrecht geschehen müsste. Wie die actio in factum und die actio utilis also ein Mittel ist, um in Widerspruch mit dem Civilrecht zu einer Condemnation, so ist die exceptio das Mittel, um

in Widerspruch mit dem Civilrecht zu einer Absolution zu gelangen. Die exceptio bedeutet ein Mittel, die Befreiungsgründe des jus honorarium geltend zu machen.

Der gleiche Gesichtspunkt trifft in anderen Fällen zu, welche nur auf den ersten Blick einen anderen Schein darbieten.

Nicht immer nämlich hat das Civilrecht, indem es gewisse Rechtsgeschäfte verbot, die Nichtigkeit der trotzdem geschlossenen Rechtsgeschäfte ausgesprochen. So verbot die lex Cincia (204 v. Chr.) gewisse Schenkungen (oben S. 96). Aber die trotzdem geschehene Schenkung blieb nach Civilrecht gültig. Der Prätor war es, welcher durch Ertheilung einer exceptio legis Cinciae dem Verbot der lex Cincia Geltung verschaffte. Ebenso wenn ein Senatusconsultum Vellejanum (46 n. Chr.) die Intercession der Frauen (die Uebernahme einer Schuld in fremdem Interesse) verbot, aber es dem Magistrat überliess, dies Verbot in seiner Rechtsprechung wirksam zu machen [3]). Der Prätor that es, indem er der Frau, welche aus dem Intercessionsgeschäft (z. B. einer Bürgschaft) verklagt wurde, die exceptio senatusconsulti Vellejani gab. Ebenso gab es eine exceptio legis Plaetoriae (§ 43), eine exceptio senatusconsulti Macedoniani (§ 66) u. s. f. In diesen Fällen sprechen wir heute von „civilen Exceptionen". Wir meinen damit solche Exceptionen, welche im Dienst eines civilen Rechtssatzes stehen. Aber trotzdem ist auch in diesen Fällen die Befreiung des Schuldners ein Werk nur des jus honorarium, und nicht des jus civile. Denn nach Civilrecht bleibt das Schenkungsgeschäft, bleibt die Bürgschaft der Frau u. s. w. vollkommen gültig, und nur nach prätorischem Recht hat das civilrechtliche Verbot die Befreiung des Schuldners zur Folge. Dies jus honorarium folgt den Anregungen des Civilrechts, steht aber dennoch zugleich in Widerspruch mit dem Civilrecht. Denn nach Civilrecht ist die Reform des Rechts (durch die lex Cincia u. s. w.) eine unvollkommene, nach prätorischem Recht aber eine vollkommene. In Folge dessen bedarf es auch in diesen Fällen der ausdrücklichen Anweisung des Prätors an den

---

3) Es hiess im Senatusconsult: arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederit operam, ut in ea re senatus voluntas servetur.

judex, dass er nicht condemnire, bedarf es der Statuirung einer Ausnahme (exceptio); der judex würde sonst (eben nach Civilrecht) condemniren müssen. Also auch die sog. civile exceptio bedeutet einen Rechtsgrund für die Absolution des Beklagten, welcher einen Befreiungsgrund nur auf Grund des jus honorarium darstellt.

Bisher ist von der formula in jus concepta ausgegangen, von der formula also, welche auf einen civilrechtlich begründeten Anspruch als Bedingung der Condemnation Bezug nimmt, und welche Gelegenheit giebt, durch das Verhältniss der condemnatio zur intentio zugleich das Verhältniss des Prätors zum Civilrecht zum Ausdruck zu bringen: die unclausulirte condemnatio (ohne exceptio) bedeutet den Einklang des Prätors mit dem Civilrecht[4]), die clausulirte condemnatio aber (mit exceptio) den Widerspruch des Prätors gegen das Civilrecht.

Anders bei der formula in factum concepta, also bei der formula, welche in ihrer intentio lediglich eine Thatsache (z. B., dass der Patron vom libertus ohne prätorische Erlaubniss vor Gericht geladen sei) als Bedingung der condemnatio namhaft machte. Hier wird der unclausulirte Condemnationsbefehl jedesmal jede Vertheidigung des Verklagten (von einer Läugnung jenes Factums abgesehen) unmöglich machen. Hätte er auch dem Gegner schon gezahlt, also zweifellos jeden Anspruch desselben aufgehoben, so würde doch bei unclausulirter condemnatio seine Verurtheilung erfolgen müssen, sobald nur die Klagthatsache an sich wahr ist. Hier bedarf es also, falls der Beklagte sich auf Zahlung berufen will, einer exceptio solutionis, welche der intentio juris civilis gegenüber undenkbar ist. Hier muss überhaupt die Geltendmachung eines jeden Befreiungsgrundes, falls der Beklagte ihn soll geltend machen dürfen, durch ausdrückliche exceptio dem Verklagten vorbehalten werden. Also: der intentio in factum con-

---

4) Insofern es sich nämlich um die condemnatio handelt. Aber es kann schon die intentio juris civilis eine Umbildung erfahren haben, die Klage also aus einer civilrechtlichen zu einer prätorischen actio utilis (oben S. 129) geworden sein. Aber auch die actio utilis nimmt als actio in jus concepta immer noch, wenngleich unter Modificationen, auf das Civilrecht Bezug, und die unclausulirte condemnatio bedeutet dann immer den Einklang des Prätors mit dem in Bezug genommenen Civilrecht.

cepta gegenüber führt jeder Befreiungsgrund zu einer exceptio: das Bedürfniss nach einer exceptio hat hier keinen materiellrechtlichen Grund (in der Rechtskraft des Befreiungsgrundes); es rührt lediglich von der formalen Enge der intentio in factum concepta her. Wenn eine Thatfrage als solche zur Prozessfrage und zur Bedingung der condemnatio gemacht ist, so ist in der formula der judex auf keinerlei Rechtssätze verwiesen, welche ihm Richtschnur seiner Condemnation sein könnten. Es müssen ihm vielmehr alle Rechtssätze, welche das Bedingungsverhältniss zwischen dieser Thatfrage und der Condemnation im concreten Fall bestimmen, in Form einer exceptio ausdrücklich auseinander gesetzt werden. Die exceptio bei der formula in factum concepta ist jeder Vorbehalt, welchen der Prätor um seiner zu eng gefassten intentio willen dem judex schuldig ist.

Ein materieller Begriff liegt nur der exceptio zu Grunde, welche der intentio in jus concepta gegenüber steht, und in diesem materiellen Sinne bedeutet die exceptio einen Befreiungsgrund nach prätorischem Recht, im Widerspruch mit dem Civilrecht.

Beruft der Beklagte sich schon in jure (vor dem Magistrat) auf eine bestimmte Thatsache, um auf Grund derselben eine exceptio zu bekommen, so wird die dieser Thatsache entsprechende exceptio der Formel inserirt (so z. B. die exceptio pacti de non petendo, metus u. s. w.). Der Beklagte hat aber nicht nöthig, schon in jure seinen Exceptionsthatbestand zu specialisiren. Er kann sich darauf beschränken, einen allgemeinen Vorbehalt zu Gunsten seiner Exceptionen zu erbitten. Dann wird die sog. exceptio doli (generalis) der Formel inserirt: si non in ea re quid dolo malo A.^{i} A.^{i} fiat. Sie setzt den judex in den Stand, alle Umstände, welche in der Klageerhebung (daher das Präsens: fiat) eine Unbilligkeit seitens des Klägers erscheinen lassen, d. h. alle Umstände, welche aus irgend einem Grunde die Befreiung des Beklagten herbeiführen, in judicio zu berücksichtigen, wirkt also zu Gunsten aller Exceptionsthatbestände, welche der Beklagte etwa vorzubringen in der Lage ist, ohne einen einzigen zu benennen und ohne also den Beklagten auf einen einzigen zu beschränken. Dadurch unterscheidet diese exceptio doli (generalis) als unsubstanziirte (kein thatsächliches Vorbringen enthaltende)

exceptio sich von jeder substanziirten exceptio, also auch von der oben namhaft gemachten Einrede des Betrugs, der sog. exceptio doli specialis. Die letztere lautet: si non in ea re quid dolo malo A.[i] A.[i] factum sit. Sie macht die Absolution des Beklagten davon abhängig, dass damals, nämlich bei Abschluss des Rechtsgeschäfts (daher das Perfectum: factum sit), der Kläger sich habe einen dolus zu Schulden kommen lassen, ist also eine substanziirte, einen concreten Thatbestand nennende exceptio, während die exceptio doli generalis, wie bemerkt, keinen Thatbestand benennt.

Die Ausnahme, welche die exceptio von dem Condemnationsbefehl macht, kann ihrerseits durch replicatio wiederum eine Ausnahme zu Gunsten des Klägers, und dann die replicatio wieder durch duplicatio eine Ausnahme zu Gunsten des Beklagten erhalten, auf duplicatio kann triplicatio folgen u. s. f.

Die meisten exceptiones sind peremtorischer Natur (sog. exceptiones perpetuae oder peremtoriae), d. h. sie ruhen auf einem den Kläger schlechtweg mit seiner Klage ausschliessenden Thatbestand (so die vorhin als Beispiele genannten Exceptionen), oder sie sind exceptiones dilatoriae, d. h. sie schliessen den Kläger nicht schlechtweg, sondern nur jetzt (er klagt zu früh), oder nur in dieser Form (z. B. er klagt durch einen ungeeigneten Stellvertreter) von der Klage aus. Die exceptio peremtoria steht der Klage an sich, die exceptio dilatoria der Klage nur in dieser bestimmten Art ihrer Geltendmachung gegenüber[5]). Der Erfolg der exceptio ist aber in beiden Fällen nach klassischem Recht der gleiche. Auch auf Grund einer dilatorischen exceptio wird der Beklagte nicht blos von dieser Klage (zu dieser Zeit, oder in dieser Form), sondern überhaupt von der Klage, also schlechtweg, absolvirt. Eine Wiederholung der Klage war durch die mit der litis contestatio eingetretene Consumtion der Klage (vgl. S. 118. 124) ausgeschlossen. Unsere heutige Absolution von der Instanz (welche die Wiederholung der unrichtig angestellten Klage zur richtigen Zeit, in richtiger Form vorbehält) ist dem klassischen Recht unbekannt, und erst durch das spätere Kaiserrecht (Kaiser Zeno) für den Fall der verfrühten Klage eingeführt worden.

---

5) Schultze, Privatr. u. Proc. S. 320.

pr. I. de except. (4, 13): Comparatae autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversum eum, cum quo agitur. § 1. Verbi gratia si metu coactus aut dolo inductus — stipulanti Titio promisisti, — palam est, jure civili te obligatum esse; et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio quod metus causa, aut doli mali, — composita ad impugnandam actionem.

§ 9 eod.: Perpetuae et peremptoriae (exceptiones) sunt, quae semper agentibus obstant et semper rem, de qua agitur, perimunt: qualis est exceptio doli mali, et quod metus causa factum est, et pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur. § 10. Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt, qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. — — § 11. Praeterea ex persona sunt dilatoriae exceptiones, quales sunt procuratoriae: veluti si per militem aut mulierem agere quis velit.

pr. I. de replicationibus (4, 14): Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi actoris gratia, quae replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat. Si creditor agat, et excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio, convenit enim ita, namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sunt; sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

§ 1 eod.: Rursus interdum evenit, ut replicatio, quae prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi rei gratia, quae duplicatio vocatur.

§ 41.

Perpetua und temporalis actio. — Tempus utile.

Eine Reihe von actiones honorariae gab der Magistrat nur während einer bestimmten Frist. So wurden insbesondere die prätorischen Strafklagen, also diejenigen Klagen, welche nicht

kraft Civilrechts, sondern lediglich kraft des prätorischen Edicts eine Strafe einforderten, vom Prätor nur während eines annus utilis gegeben. Solche befristeten Klagen heissen actiones temporales. Die Klagbefristung schloss zugleich eine Rechtsbefristung in sich, weil der Rechtsanspruch in allen Fällen der actiones honorariae lediglich auf der Klageverheissung des Edicts (judicium dabo) beruhte. War die Klageverheissung befristet (intra annum judicium dabo), so war zugleich das Recht befristet. Mit dem Ablauf der Frist erlosch die actio temporalis, und mit ihr das Recht (auf Strafzahlung).

Das Civilrecht dagegen kannte grundsätzlich keine Klagbefristung. Die actiones civiles, und neben ihnen die actiones honorariae, für welche der Prätor keine Fristbestimmung gesetzt hatte, waren actiones perpetuae. Nur ausnahmsweise hatte das Civilrecht eine Fristbestimmung [1]).

Die Kaiser Honorius und Theodosius aber haben (424 n. Chr.) aus nahe liegenden Zweckmässigkeitsgründen für alle Klagen eine Verjährung eingeführt. Die Verjährung tritt regelmässig nach Ablauf von 30 Jahren, ausnahmsweise nach Ablauf von 40 Jahren ein. Klagt der Kläger nach Ablauf dieser Zeit, so steht ihm die Einrede der Klagverjährung (praescriptio temporis) entgegen.

Die früheren Bestimmungen über Klagebefristung blieben bei Bestand. So sind actiones perpetuae jetzt die Klagen, welche erst in 30 oder 40 Jahren verjähren; actiones temporales die kürzer befristeten Klagen.

Der civilrechtliche Anspruch ruht nicht auf irgend welcher Klageverheissung, sondern auf dem überlieferten Recht, in Folge dessen der Magistrat die Klage giebt. Der Rechtsanspruch erzeugt die Klage. Die von Theodos II. eingeführte Verjährung der civilrechtlichen Klage ist daher zwar Klagverjährung, nicht aber Rechtsverjährung.

In diesem Sinne ist die Befristung der Klage auch für die actiones temporales vom späteren römischen Recht aufgefasst, und für das Recht des Corpus Juris, welches wir recipirt haben, das einheitliche Institut der Klagverjährung mit bald kürzeren,

1) So für die Klage de statu defuncti und für die querela inofficiosi testamenti (unten § 100) eine Frist von 5 Jahren.

bald längeren Fristen ausgebildet worden, welche nur die Klage aufhebt, nicht auch das Recht.

Das Jahr, welches der Prätor für seine Klagbefristungsfälle ansetzte, war ein annus utilis, d. h. eine Frist von 365 Tagen, in welche aber nur die Tage eingerechnet wurden, an denen die Klagerhebung thatsächlich möglich war (an denen Gerichtssitzung gehalten wurde, der zu Beklagende bekannt und mit der Klage belangbar war, u. s. f.). Daraus ergiebt sich der Begriff des tempus utile. Tempus utile ist die Gerichtsfrist[2], in welche nur die Tage eingerechnet werden, an welchen die gerichtliche Handlung (nach klassischem Recht: die Handlung vor dem Prätor) möglich ist. Den Gegensatz bildet das sog. tempus continuum, die Frist, in welche grundsätzlich alle Tage eingerechnet werden. So bedeutet z. B. die Klagverjährungsfrist von 30 bezw. 40 Jahren ein tempus continuum in dem angegebenen Sinn.

L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7) (Paulus): In honorariis actionibus sic esse definiendum, Cassius ait: ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur; caeterae intra annum.

L. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3) (Ulpian.): Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi: neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat; nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut tempestate in loco aliquo vel regione detineatur, ut neque experiri neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus jus praetor reddit.

---

2) Nur für gerichtliche Handlungen (Klagerhebung und Erbittung der bonorum possessio, vgl. unten § 97) kommt ein tempus utile vor. Auch die Erbittung der bonorum possessio nimmt den Prätor als Richter in Anspruch, nur dass sie schon nach klassischem Recht regelmässig auch ohne feierliche Gerichtssitzung an den irgendwo angetroffenen Prätor gerichtet werden kann (de plano). Die Folge davon war natürlich, dass in die Erbittungsfrist der bonorum possessio regelmässig nicht mehr blos die Gerichtstage, sondern alle Tage nach erlangter Kenntniss des Erbfalls eingerechnet wurden (sofern nicht anderweitige Hindernisse sich geltend machten).

§ 42.

Die Wirkung des Processes.

Der Process hat zwei Hauptacte: Die litis contestatio, die Formulirung des Rechtsstreits (oben S. 106), und das Urtheil, die Entscheidung des Rechtsstreits.

Die eigenthümliche Wirkung der litis contestatio ist die Rechtshängigkeit der Sache, d. h. derselbe Process kann nun nicht noch vor ein anderes Gericht gebracht werden; er muss hier entschieden werden, wo er begonnen worden ist (exceptio rei in judicium deductae). Vgl. S. 118. 124.

Die eigenthümliche Wirkung des Urtheils ist seine Rechtskraft. Es wirkt (sobald es inappellabel geworden ist) wie eine Gesetzesnorm für diesen Einzelfall [1]. Es wird nicht blos die Wiederholung desselben Processes, sondern auch jede spätere, der Entscheidung des Urtheils direct widersprechende Rechtsbehauptung durch Berufung auf das Urtheil abgeschnitten (exceptio rei judicatae). Ist der Beklagte zur Leistung condemnirt worden, so hat Kläger auf Grund des Urtheils die actio judicati, welche zur Execution, d. h. zur zwangsweisen Geltendmachung des klägerischen Rechtes führt.

Die Execution war im alten Recht ausschliesslich Personalexecution (manus injectio, vgl. oben S. 113), welche den Schuldner in die Schuldknechtschaft brachte, mit Verkaufsrecht (trans Tiberim) und Tödtungsrecht des Gläubigers (S. 22). Verkaufsrecht und Tödtungsrecht war durch die Lex Poetelia (313 v. Chr.) aufgehoben. Aber die Schuldknechtschaft blieb, wenngleich jetzt thatsächlich nur in der Form der Schuldhaft wirkend, das einzige Executionsmittel des Civilrechts. Der indirecte Zwang, den Schuldner zur Verwerthung seines Vermögens nöthigend, war ja stark genug; aber ein directes Recht, das Vermögen des (vielleicht solventen) Schuldners als Mittel der Befriedigung heranzuziehen, blieb dem Gläubiger versagt.

Erst der Prätor gab directe Execution in das Vermögen: die missio in bona (Besitzeinweisung in das gesammte schuldnerische Vermögen) zu Gunsten des Gläubigers. Ein von den Gläubigern erwählter Masseverwalter (magister) verkaufte das Vermögen als

1) Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm (1877) S. 80 ff.

Ganzes (venditio bonorum). Der Käufer (bonorum emtor) zahlte den Gläubigern bestimmte Procente ihrer Forderungen (dies war der Kaufpreis, für welchen er das Activvermögen erwarb). Also: eine Execution jedesmal in das ganze Vermögen, welche daher jedesmal die Zuziehung auch aller anderen Gläubiger des Exequendus zur Folge hatte.

So stand dem Gläubiger zur Wahl: einerseits blosse Personalexecution (nach Civilrecht), andererseits blosse Vermögensexecution (nach prätorischem Recht). Nach einer lex Julia (wohl erst unter Augustus publicirt) schloss der Schuldner durch freiwillige Vermögensabtretung (cessio bonorum), also durch freiwillige Herbeiführung der Execution in sein gesammtes Vermögen[2]) das Wahlrecht seiner Gläubiger aus: es hatte dann bei der Vermögensexecution (prätorischen Styls) sein Bewenden, der Schuldner ward ferner nicht infam (was er im Fall der missio in bona geworden wäre), und erwarb das beneficium competentiae, d. h. das Recht, dass ihm bei der Execution der nothdürftige Lebensunterhalt gelassen werde (ne egeat; es wird nur exequirt, in quantum facere potest).

Neben der Generalexecution in das Vermögen hat dann der Prätor auch eine Specialexecution (Pfändung einzelner Sachen des Beklagten, sog. pignus in causa judicati captum) ausgebildet, welche unter Umständen nach Ermessen des Prätors zur Anwendung kam. War der Beklagte in jure (vor dem Magistrat) der Restitutionspflicht oder Exhibitionspflicht in Bezug auf eine bestimmte Sache schuldig erkannt worden[3]), so war auch ein direct auf diese Herausgabe dieser Sache gerichteter Zwang (durch Androhung von Multen, d. h. Geldstrafen, eventuell manu militari) möglich. In der späteren Kaiserzeit ist durch das Extraordinarverfahren diese directe und specielle Execution die grundsätzlich zur Anwendung kommende Form der Vollstreckung geworden (§ 44).

---

2) Die cessio bonorum ist dasselbe, was wir heute Antrag des Schuldners auf Concurseröffnung nennen würden.

3) Z. B. der Beklagte gestand in jure, dass der Kläger Eigenthümer sei und ihm selber kein Recht an der Sache zukomme. Dann kam es zu keiner Einsetzung eines judicium (formula) und zu keiner condemnatio (Geldcondemnation, vgl. oben S. 136) im technischen Sinn, sondern zu einem jussus (decretum) des Magistrats de restituendo vel exhibendo, welcher extra ordinem exequirt wurde.

§ 43.

Verfahren extra ordinem. — Interdicta. — In integrum restitutio.

I. Das Verfahren extra ordinem (judiciorum privatorum) ist das Verfahren ohne Einsetzung eines judicium, also ohne litis contestatio (oben S. 106) und ohne Urtheil (sententia, oben S. 107) im technischen Sinne des Wortes. Die ganze Verhandlung bleibt vor dem Magistrate (in jure), und endigt mit einem Entscheid des Magistrats selber (decretum, interdictum). Das Verfahren extra ordinem dient der freien Gewalt des Magistrats (imperium), und bedeutet formell ein Verfahren im Verwaltungswege, im Gegensatz zu dem ordentlichen Process (mit Bestellung eines judicium), dem Verfahren im Rechtsweg.

Die Entscheidung des Magistrats im Verfahren extra ordinem heisst, wie schon bemerkt ist, decretum oder interdictum. Das Interdictenverfahren ist daher ursprünglich mit dem Verfahren im Verwaltungsweg, und das Interdict mit der Verwaltungsentscheidung des Magistrats identisch.

Zu den Sachen, welche der Prätor im Verwaltungswege (durch Interdict) erledigte, gehörten z. B. die Verhältnisse an öffentlichen Sachen (an öffentlichen Wegen, Flüssen u. s. w.), an den Göttern geweihten Sachen, wie Tempel, Altäre u. s. w. (res sacrae), an Begräbnissstätten (res religiosae), die Nachbarverhältnisse, Streitigkeiten in Bausachen, Streitigkeiten zwischen dem ausziehenden Miether und dem Vermiether u. s. f., kurz alle Sachen, bei denen ein öffentliches, polizeiliches Interesse überwog. Auch Besitzstreitigkeiten fielen unter diesen Gesichtspunkt, d. h. Streitigkeiten über thatsächliche Besitzhandlungen (nicht über das Recht), über Besitzstörung oder Besitzentziehung. Das öffentliche Interesse duldete nicht, dass die thatsächlichen Besitzverhältnisse durch nackte Gewalt gestört oder aufgehoben wurden. Der Prätor schritt im Verwaltungswege ein (extra ordinem), und erkannte durch Interdict.

II. Interdictenverfahren im technischen Sinn. Die Entscheidung des Magistrats extra ordinem hörte in einer Reihe von Fällen bald auf, eine wirkliche Sachentscheidung zu

sein. Das Thatsächliche des Falles zu untersuchen war dem Prätor oft unmöglich. Er begnügte sich daher, die Rechtsentscheidung zu geben, nach welcher der Fall sich schlichtete, d. h. die von ihm, dem Prätor, aufgestellte Verwaltungsnorm den Parteien zu publiciren.

Zum Beispiel: es hat Jemand dem Andern eine Sache zu Bittbesitz (precario), d. h. auf beliebigen Widerruf, eingeräumt. Weigert der Empfänger (der Precarist) nach erfolgtem Widerruf die Rückerstattung, so konnte man in solchem Fall den Prätor als Polizei- und Verwaltungsbehörde angehen und von ihm verlangen, dass er extra ordinem (durch Interdict) vorläufig den früheren Besitz des precario dans wiederherstelle, ohne damit über die Rechtsfrage (wer Eigenthümer sei u. s. w.) zu entscheiden. Ursprünglich wird der Prätor die Sache selber ihrem Thatbestande nach untersucht haben und erkannt haben: weil Du, Beklagter, diese Sache precario von dem Andern empfangen hast, so musst Du sie ihm zurückgeben. Aber nun wird es dem Prätor unmöglich, den Thatbestand wirklich festzustellen. Daher empfängt seine Entscheidung den ganz anderen Inhalt: was Du, Beklagter, precario von dem Anderen empfangen hast, das musst Du ihm zurückgeben (quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas, vgl. l. 2 pr. D. de precario 43, 26). Diese Entscheidung letzterer Art kann der Praetor ohne jede Untersuchung sofort abgeben, ja, er kann sie schon im Voraus in seinem Album formuliren und publiciren. Aus der unbedingten ist eine bedingte Entscheidung, aus dem Interdict alten Styls eine abstracte Norm geworden, welche für diesen Fall nichts aussagt, welche nur die Regel giebt, nach welcher entschieden werden soll, und nach welcher die Parteien sich zu richten haben, nicht aber die Entscheidung selbst. An Stelle eines Urtheils wird den Parteien eine Vorschrift publicirt.

Eine solche Vorschrift, welche auf Antrag einer Partei in Verwaltungssachen vom Prätor den Parteien ausdrücklich zur Nachachtung publicirt wurde, heisst jetzt interdictum im engeren und technischen Sinne. Interdictenverfahren ist jetzt dasjenige Verfahren extra ordinem, welches nicht mehr eine Entscheidung, sondern eine Vorschrift von dem Prätor extrahirt.

Aber die Parteien wollen doch zu einer Entscheidung gelangen: zu diesem Zweck ist im Anschluss an das Interdictenverfahren ein weiteres Verfahren nothwendig. Die Regel ist, dass mit sponsio und restipulatio verfahren wird, d. h. die Parteien versprechen sich gegenseitig eine Conventionalstrafe für den Fall, dass sie der vom Prätor ihnen speciell gegebenen Vorschrift (dem Interdict) zuwider gehandelt haben (oder zuwider handeln werden). Aus sponsio und restipulatio wird dann im Wege ordentlichen Civilprocesses Klage erhoben. Das Urtheil in diesem Process ist dann zugleich das Urtheil für den Interdictenprocess; auf Grund des Urtheils über die Conventionalstrafe kann nicht blos die Strafe, sondern auch die Befriedigung des Interdicten-Anspruchs im Wege eines arbitrium eingetrieben werden. Oder aber, es wird ohne sponsio und restipulatio, unmittelbar auf Grund des interdictum mit formula arbitraria auf Befriedigung des erhobenen Anspruchs (restituere oder exhibere) geklagt. Nur wo es sich nicht um positive Leistung des Gegners (restituere oder exhibere), sondern lediglich um ein Verbot (z. B. der Besitzstörung) handelt, wo also nur Einforderung einer Strafe wegen Verletzung des Verbots möglich ist, stellt selbstverständlich das Verfahren cum sponsione (und also cum poena) den einzig möglichen Weg dar.

Das Interdictenverfahren dient also jetzt nur dazu, um ein ordentliches Verfahren (mit judicium) vorzubereiten. Es ist dasjenige Verfahren, welches nicht nach einer Rechtsregel, sondern nach einer Verwaltungsnorm des Prätors entschieden werden will, und welches deshalb für jeden Einzelfall die Specialpublication der Verwaltungsnorm an die Parteien (das interdictum im formellen Sinn) erfordert. In Wirklichkeit liegt in diesem späteren Interdictenverfahren eine actio vor, welche nur in Bezug auf die Verhandlung in jure (zunächst Erlass der Vorschrift, u. s. w.) von der einfachen actio sich unterscheidet.

Gaj. Inst. IV § 139: Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit; quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet; formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretaque vocantur.

L. 2 pr. D. de precario (43, 26): Ait Praetor: QUOD PRECARIO AB ILLO HABES, AUT DOLO MALO FECISTI, UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS.

L. 1 pr. D. uti possid. (43, 17): Ait Praetor: UTI EAS AEDES, QUIBUS DE AGITUR, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS: QUO MINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO.

L. 1 pr. D. de liberis exhib. (43, 30): Ait Praetor: QUI QUAEVE IN POTESTATE LUCII TITII EST, SI IS EAVE APUD TE EST, DOLOVE MALO TUO FACTUM EST, QUOMINUS APUD TE ESSET, ITA EUM EAMVE EXHIBEAS.

III. Die in integrum restitutio ist eine vom Prätor extra ordinem gewährte Aufhebung eines von Rechtswegen eingetretenen Rechtsnachtheils, also ein Schutz gegen das Recht (nicht wie die actio ein Schutz gegen das Unrecht), welcher durch die Unmöglichkeit, von Rechtswegen alle concreten Umstände im Voraus zu berücksichtigen, nothwendig wird. Das Recht muss immer in gewissem Mass generalisiren, d. h. von den concreten Umständen absehen. Es heisst also z. B.: hast Du einen Vertrag in rechtsgültiger Form geschlossen, so musst Du ihn halten, und kannst nicht wieder zurück. Von dieser Regel kann das Recht Ausnahmen machen, indem es gewisse concrete Umstände, welche die Anwendung jenes Grundsatzes unbillig machen würden, berücksichtigt. Es sagt z. B. das römische Civilrecht (lex Plaetoria, 186 v. Chr.): auch wenn der Vertrag rechtsgültig geschlossen war, braucht er ausnahmsweise doch nicht gehalten zu werden, wenn durch denselben ein Minderjähriger (minor XXV annis) betrügerisch übervortheilt worden ist (circumscriptus est). Oder es sagte der Prätor in seinem Edict, die Ausnahme der Lex Plaetoria verallgemeinernd: überhaupt wenn Jemand (sei er minor oder major XXV annis) betrügerisch übervortheilt ist, will ich ihn gegen die rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts in Schutz nehmen (oben S. 95). So entsteht ein Ausnahmsrecht (jus singulare, vergl. oben S. 12), durch welches das Recht concrete Umstände berücksichtigt, eine Selbstcorrectur des Rechts.

Aber diese Selbstcorrectur des Rechts reicht nicht aus, um Unbilligkeiten zu vermeiden. Es genügt nicht, dass im Wege der Gesetzgebung (oder Quasigesetzgebung, wie im prätorischen Edict) eine allgemeine Regel durch andere gleichfalls abstract gehaltene Regeln beschränkt werde. Darum benützt der Prätor sein

imperium, um das Recht in Form des Verwaltungsverfahrens für den concreten Einzelfall zu corrigiren: dies ist die in integrum restitutio. Durch Decret des Prätors wird extra ordinem (also ohne die Form des Rechtswegs, welche hier durch die Natur der Sache ausgeschlossen ist) ein von Rechtswegen eingetretener Rechtsnachtheil kraft des die concreten Umstände berücksichtigenden prätorischen Ermessens wieder aufgehoben. Bestand der Rechtsnachtheil in dem Verlust eines Klagerechts (z. B. durch Verjährung), so endigt das Restitutionsverfahren mit Ertheilung der actio, d. h. der formula, und auf die in jure (von dem Prätor) ertheilte Restitution folgt dann ein judicium, das sog. judicium rescissorium, d. h. die Untersuchung und Entscheidung über die restituirte Klage. Das Restitutionsverfahren selbst (sog. judicium rescindens) wird immer extra ordinem vom Prätor selber geführt und beendigt.

Es gab zwei Klassen von Restitutionsfällen:

1) die restitutio minorum (XXV annis). Die Altersgrenze von 25 Jahren war zuerst von der vorhin genannten lex Plaetoria aufgestellt und mit Wirkung bekleidet worden (daher die Bezeichnung der Grossjährigkeit als legitima aetas), indem die lex Plaetoria dem minor circumscriptus Schutz gegen das in betrügerischer Weise mit ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft gewährte. Der Prätor hatte dann durch sein Edict über den dolus denselben Schutz gegen Betrug auch dem Grossjährigen gewährt (S. 95). Indem das prätorische Edict so praktisch die Bedeutung der Altersgrenze von 25 Jahren aufhob, stellte es dieselbe in einem anderen Sinne wieder her. Der Prätor verhiess nämlich den Minderjährigen nicht bloss im Fall des dolus, sondern schlechtweg seinen Schutz. Er erklärte in seinem Edict, jegliches mit einem Minderjährigen abgeschlossene Rechtsgeschäft darauf ansehen zu wollen, ob es aufrecht zu erhalten sei. Der Minderjährige hatte also Aussicht, nicht bloss im Fall des Betrugs, sondern überhaupt, wenn der Erfolg des Rechtsgeschäfts zu seinen Ungunsten war, durch den Prätor die Wiederaufhebung des Rechtsgeschäfts (in integrum restitutio) zu bewirken. Daraus ging dann der allgemeine Grundsatz hervor, dass, wenn ein Minderjähriger auf irgend eine Weise (sei es durch Rechtsgeschäft oder ohne Rechtsgeschäft) in Folge seiner Minderjährigkeit zu Schaden gekommen sei, ihm in integrum restitutio gewährt werden müsse.

L. 1 § 1 D. de minor. (4, 4): Praetor edicit: QUOD CUM MINORE QUAM VIGINTI QUINQUE ANNIS NATU GESTUM ESSE DICETUR, UTI QUAEQUE RES ERIT, ANIMADVERTAM.

2) Die restitutio majorum (XXV annis). Unter Umständen kann auch für einen Grossjährigen in integrum restitutio billig erscheinen. So namentlich im Fall seiner Abwesenheit (restitutio propter absentiam). In Folge seiner Abwesenheit war ihm z. B. eine Klage verjährt oder seine Sache von einem Dritten ersessen worden. Den Ausgangspunkt bildete hier der Fall der Kriegsgefangenschaft. Dann wurden der Abwesenheit in Folge von Kriegsgefangenschaft, andere Abwesenheitsfälle (z. B. reipublicae causa), schliesslich alle begründeten Verhinderungsfälle gleichgestellt[1]). Wie die absentia, so kann auch Zwang (metus), Betrug (dolus), Irrtum (error) die in integrum restitutio für einen Grossjährigen motiviren.

Der Minderjährige hat also eine allgemeine Restitutionsverheissung für sich: er braucht sich nur auf seine Minderjährigkeit zu berufen und darzuthun, dass er in Folge dieser seiner Minderjährigkeit in Schaden gekommen sei. Der Grossjährige aber hat nur für einzelne Fälle Aussicht auf Restitution (absentia metus, dolus, error), und muss nachweisen, dass in concreto ein solcher Einzelfall vorliegt.

§ 44.

Der spätkaiserliche Process.

Die uralte Scheidung des ordentlichen Processes in jus und judicium hatte schon seit Ausbildung des Formularprocesses ihre ursprüngliche Bedeutung eingebüsst, da der judex durch das Mittel der formula zu einem Werkzeug und Organ des prätorischen Willens gemacht war (oben S. 127). Das judicium ward durch dieselbe Macht beherrscht, welche auch in jure regierte. Umgekehrt verlor der Prätor (und ebenso in den Provinzen die praesides provinciarum, welche hier die ordentliche Gerichtsbarkeit besassen) seit der definitiven Redaction des Edicts durch Hadrian (oben S. 39) das jus edicendi alten Styls: der Praetor (und praeses) war an das geltende Civilrecht und an das (kraft

1) Das Edict über die i. i. restitutio propter absentiam s. oben S. 40.

des kaiserlichen Willens geltende) Edict ganz ebenso gebunden wie der judex. Die Reform Hadrians hatte dem Prätor sein altes imperium genommen. Der Prätor ward zu einem blossen Werkzeug der Rechtsanwendung gerade wie der judex, und zwar um so mehr je mehr auf der einen Seite die Wissenschaft den Inhalt des geltenden Rechts entfaltete und klarstellte, auf der andern Seite das Kaiserthum als Träger der Rechtsentwickelung alle übrigen Factoren verdrängte[1]).

So ward der judex zu einem Beamten und Stellvertreter des Prätors, und ebenso der Prätor zu einem Beamten und Stellvertreter des Kaisers. Die Grundlagen des alten Processes waren aufgehoben. Die nothwendige Consequenz ward von Diocletian, dem Schöpfer der monarchisch-kaiserlichen Gewalt gezogen. Er verordnete, dass der Praetor und der praeses provinciae grundsätzlich selber die Sachen nicht bloss instruiren, sondern auch entscheiden solle (l. 2 C. de pedaneis judic. 3, 3). Die alte judicis datio fiel weg. Konnte der Prätor (oder praeses) wegen Ueberhäufung die Sache nicht erledigen, so gab er einen sog. judex pedaneus, d. h. einen stellvertretenden Richter, welcher wiederum die ganze Verhandlung der Sache (also nicht blos das judicium alten Styls, sondern auch das Verfahren in jure) hatte. Sicher war diese letzte Art des Verfahrens gewohnheitsmässig bereits vorher ausgebildet worden.

So war denn formell jetzt der ganze Process ein Verfahren in jure (vor dem Magistrat oder seinem Stellvertreter) geworden, und stellte formell das Verfahren extra ordinem jetzt das ordentliche Verfahren dar. Materiell aber war ein Process geschaffen worden, welcher ausschliesslich der Rechtsanwendung diente, insofern also die Züge des alten judicium an sich trug.

Die Ertheilung der formula fiel weg (l. 1 C. de form. 2, 58); als Litiscontestation galt jetzt der Act, wo beide Parteien dem Magistrat ihre Sache vorgetragen hatten (l. un. C. de lit. cont. 3, 9). Mit der formula ward die Nothwendigkeit der Geldcondemnation und die damit zusammenhängende Enge noch des klassischen Processverfahrens wegfällig (vergl. oben S. 136 ff.). Das Urtheil konnte auf Naturalbefriedigung lauten, und weil der

1) Schultze, Privatr. u. Proc. S. 533 ff.

Magistrat jetzt urtheilte, konnte solchem Urtheil auch die Naturalexecution (kraft magistratischer Gewalt) nachfolgen. Mit der Naturalexecution entwickelte sich überhaupt die Specialexecution durch pignoris capio, welche nicht jedesmal den Umweg durch das ganze Vermögen des Schuldners machte, um den einzelnen Gläubiger zu befriedigen (oben S. 151). Andererseits ward durch die Thatsache, dass der Magistrat urtheilte, jetzt auch das Appellationsverfahren ausgebildet, welches gegen die Entscheidung des Magistrats die Intercession des anderen Magistrats (in höchster Instanz des Kaisers) anrief.

Also eine grössere Formfreiheit und Beweglichkeit des Processes, insbesondere des Urtheils- und Vollstreckungsverfahrens. Zugleich die Tendenz, durch das Mittel der Appellation an die kaiserliche Gewalt eine einheitliche Rechtsprechung für das ganze ungeheure Reich herbeizuführen.

Mit der formula war zugleich das letzte formale Element alten Styls, und die letzte Erinnerung an die alte Selbstherrlichkeit der Magistratur hinweggefallen. Der Magistrat ward zu einem richterlichen Beamten in unserem Sinne, der Process zu einem Verfahren blos der Rechtsanwendung, das Urtheil zu einem Urtheil in des Kaisers Namen, der Centralgewalt dienend und von der Centralgewalt controllirt. Mit einem Wort: mit dem spätkaiserlichen Process hatte der moderne Process seinen Anfang genommen [2]).

Zweites Kapitel.

Sachenrecht.

§ 45.

Begriff der Sache.

Die Römer nannten res alles, was Vermögensbestandtheil sein kann, und unterschieden in diesem Sinne zwischen res corporales, d. h. körperlichen Vermögensbestandtheilen (Sachen in unserem

2) Vgl. Schultze a. a. O. S. 562 ff.

Sinne) und res incorporales, d. h. unkörperlichen Vermögensbestandtheilen (z. B. Erbrecht, Recht an fremden Sachen, Forderungsrechte, Schulden). Wir gebrauchen das Wort „Sache“ nur im engeren, technischen Sinn (für res corporales), und nennen im Rechtssinn Sachen die der menschlichen Herrschaft erreichbaren, als Ganzes selbständig existirenden körperlichen Dinge. Damit ist zugleich das Gebiet der Sachenrechte umschrieben. Der Sache ist wesentlich, Object des Privatrechts zu sein. An Nicht-Sachen (z. B. blossen Sachtheilen) giebt es kein Sachenrecht.

pr. I. de reb. corp. (2, 2): Quaedam — res corporales sunt, quaedam incorporales. § 1. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. § 2. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt: qualia sunt ea, quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, usus et obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est (veluti fundus, homo, pecunia), nam ipsum jus hereditatis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est. § 3. Eodem numero sunt jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.

§ 46.

Arten der Sachen.

I. Gewisse Sachen sind durch Rechtssatz von der Fähigkeit, Object von Privatrechten zu sein, ausgeschlossen: die res extra commercium, nämlich:

a) Die res divini juris: die res sacrae (den Göttern geweihte Sachen, z. B. Tempel, Altar), die res sanctae (von den Göttern befriedete Sachen z. B. die Stadtmauern Roms), die res religiosae (die den diis manibus geweihten Sachen, d. h. die Begräbnissplätze).

b) Die res publicae, die öffentlichen Sachen, z. B. öffentliche Wege, öffentliche Flüsse.

c) Die res omnium communes: die freie Luft, die frei fliessende Wasserwelle, das Meer mit seinem Bett.

Gaj. Inst. II § 3: Divini juris sunt veluti res sacrae et religiosae. § 4. Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis Manibus relictae sunt. § 5. Sed sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto. § 6. Religiosum vero nostra voluntate facimus, mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat. § 8. Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini juris sunt. § 9. Quod autem divini juris est, id nullius in bonis est.

§ 1 I. de rer. div. (2, 1): Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aër, aqua profluens, mare et per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen a villis et monumentis et aedificiis abstineat. — § 2. Flumina autem omnia et portus publica sunt, ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. § 3. Est autem littus maris, quatenus hibernus fluctus maxime excurrit. § 4. Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis; itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare; sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorundem sunt.

II. Unter den res in commercio, welche also sämmtlich gleichermassen fähig sind, im Eigenthum zu stehen, treten folgende Unterschiede als rechtlich bedeutend hervor:

a) Res nullius sind Sachen, welche thatsächlich in Niemandes Eigenthum stehen, z. B. das Wild im Walde. Sie werden durch Occupation (unten § 51) zu Eigenthum erworben.

b) Consumtible Sachen (res, quae usu minuuntur vel consumuntur) sind solche Sachen, welche durch Verbrauch gebraucht werden, z. B. Nahrungsmittel, Geld. An solchen Sachen ist kein Niessbrauchsrecht möglich (vgl. unten § 56), weil der Niessbraucher nur berechtigt ist, die Sache unter Erhaltung ihrer Substanz (salva rei substantia) zu gebrauchen.

c) Fungible Sachen (res, quae pondere, numero, mensurave constant), auch vertretbare Sachen genannt, sind solche Sachen, welche im Verkehr nicht als Individuen, sondern nur nach Quantität und Qualität auftreten, z. B. Geld, Wein, Getreide. Wo fungible Sachen geschuldet werden, wird im Zweifel nicht die Leistung einer bestimmten Species (individuell bestimmter

Sachen), sondern nur die Leistung bestimmter Quantität und Qualität (generell bestimmter Sachen) geschuldet, weil für fungible Sachen der Satz gilt: tantundem ejusdem generis est idem. Ein Darlehn kann nur durch Hingabe von fungiblen Sachen contrahirt werden (unten § 66). Die fungiblen Sachen, welche man gewöhnlich als „vertretbare" Sachen zu verdeutschen pflegt, könnten besser als darlehnsfähige Sachen bezeichnet werden.

d) Theilbare Sachen sind solche Sachen, welche ohne Werthminderung in mehrere Sachen zerlegt werden können. So z. B. regelmässig Grundstücke, ein Stück Tuch (nicht aber der Rock), ein Quantum Wein, u. s. w. Die theilbare Sache wird im Theilungsprocess vom Richter reell getheilt, d. h. in mehrere Sachen zerlegt, während bei untheilbaren Sachen zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft anderweitig verfahren werden muss (unten S. 169).

Keine Sachtheilung ist die sog. ideelle Theilung, welche vielmehr Theilung des Rechtes an der Sache ist ohne Theilung der Sache. So z. B. beim Miteigenthum.

III. Geschichtlich von hervorragender Bedeutung war die römische Eintheilung der Sachen in res mancipi (mancipii) und res nec mancipi (mancipii)[1], d. h. in mancipationsfähige und mancipationsunfähige Sachen. Nur res mancipi können durch das solenne Verkaufsgeschäft des alten Rechts (die mancipatio, vgl. § 10) mit den besonderen Wirkungen, welche ihm anhaften (Erwerb des vollen römischen, des sog. quiritarischen Eigenthums einerseits, Begründung der Gewährleistungspflicht, der actio auctoritatis gegen den mancipio dans andrerseits) veräussert werden, und umgekehrt: die res mancipi kann nur solenn, durch einen Rechtsact juris civilis (die mancipatio oder was ihr gleichsteht, vgl. unten § 49), nicht unfeierlich (durch einen blossen formlosen Rechtsact juris gentium) erworben werden. Die res mancipi sind die privilegirten Sachen des altrömischen Rechts, die Sachen, welche als der Grundstock des bäuerlichen Vermögens und zugleich des Nationalvermögens gelten, deren Veräusserung und Erwerb deshalb (weil den Staat in-

1) Mancipium bedeutet Mancipation, oben S. 25; res mancipii also wörtlich „Mancipationssachen".

teressirend) Oeffentlichkeit und Mitwirkung des Gemeinwesens (sei es durch das Mittel der 5 Zeugen, sei es durch das Mittel der Obrigkeit), und, was für die alte Zeit als die Hauptsache gedacht werden mag, den Ausschluss der Ausländer von dem Erwerb dieser Sachen nothwendig macht. Von der Mancipation, überhaupt von den Rechtsgeschäften des eigenthümlich römischen Civilrechts ist der Ausländer (Peregrine) ausgeschlossen (oben S. 79). An „Mancipationssachen" kann daher kein Ausländer Eigenthum erwerben. Für die beweglichen res mancipi begründet ihre Eigenschaft als solche eine Art Ausfuhrverbot. Die Thatsache, dass der fundus Italicus (ursprünglich zweifellos nur der Grund und Boden im römischen Gebiet) res mancipi ist, bedeutet, dass nur der römische Bürger in Rom (dann in Italien) Grundeigenthümer sein kann. Die res mancipi sind diejenigen Sachen, deren Veräusserung in Folge des öffentlichen Interesses erschwert ist[2]).

Res mancipi sind: der fundus Italicus (das Bauerngut) mit seinen unbeweglichen und beweglichen Pertinenzen, nämlich: Rusticalservituten (Gerechtigkeiten welche dem Landgut zustehen, unten § 56), Sklaven und den vierfüssigen Zug- und Lastthieren.

Gaj. Inst. II § 19: Res nec mancipii ipsa traditione pleno jure alterius fiunt. § 22. Mancipii vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipii res sunt dictae.

Ulp. fragm. tit. 19 § 1. Omnes res aut mancipii sunt aut nec mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipii sunt; elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domantur, nec mancipii sunt, quoniam bestiarum numero sunt. § 3. Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipii.

---

2) Ueber den Zusammenhang der res mancipi mit der altrömischen Steuerverfassung vgl. neuerdings W. Soltau, Ueber Entstehung und Zusammensetzung der altrömischen Volksversammlungen (1880) S. 424 ff.

§ 47.

Die Rechte an Sachen.

Sachenrechte (oder dingliche Rechte) sind diejenigen Privatrechte, welche ein unmittelbares Herrschaftsrecht über eine Sache gewähren, gegenüber Jedermann. Mein Eigenthum oder sonstiges Recht an der Sache muss Jeder respectiren, und vor mir zurückweichen, der nicht mir gegenüber zu einer Einwirkung auf die Sache berechtigt ist (etwa als Miether oder als Niessbrauchsberechtigter).

Das vollste Recht an einer Sache ist das Eigenthum. Dem Eigenthum stehen die Rechte an fremder Sache (jura in re) gegenüber.

I. Das Eigenthum.

§ 48.

Der Begriff des Eigenthums.

Das Eigenthum ist das seinem Inhalt nach unbeschränkte Recht der Herrschaft über eine Sache. Es unterscheidet sich von den Rechten an fremder Sache begrifflich dadurch, dass es, so sehr es auch rechtlicher Beschränkungen fähig ist (z. B. durch Rechte Anderer an der Sache), dennoch niemals durch seinen eigenen Inhalt beschränkt wird. Sobald daher rechtliche Schranken, welche dem Eigenthum durch Rechte Anderer oder durch öffentliche Vorschriften gesteckt waren, hinwegfallen, stellt das Eigenthum sich immer von selber wieder als volle Herrschaft her.

§ 49.

Der Erwerb des Eigenthums. — Geschichtliche Einleitung.

Das vorjustinianische Recht über den Erwerb des Eigenthums unterschied acquisitiones civiles und acquisitiones naturales.

Acquisitiones civiles waren die Erwerbsarten des jus civile, also die dem römischen Recht eigenthümlichen Erwerbsarten.

Sie hatten sämmtlich gemeinsam: Oeffentlichkeit und Feierlichkeit. Die Feierlichkeit äusserte sich in den vorgeschriebenen Worten und Handlungen, die Oeffentlichkeit darin, dass das Gemeinwesen in irgend einer Weise betheiligt war, entweder durch 5 Zeugen (welche die 5 Klassen des römischen Volks vertraten) oder durch die Obrigkeit. Die civilen Erwerbsarten waren: 1) die mancipatio (der rechtsförmliche Kauf vor 5 Zeugen und einem libripens, vgl. oben S. 20. 26), und das damit zusammenhängende legatum, d. h. das feierliche Vermächtniss im Mancipationstestament (unten § 99); 2) die obrigkeitliche addictio (Zuspruch), sei es auf Grund des beklagtischen Geständnisses bei der in jure cessio (der Scheinvindication zum Zweck des Rechtserwerbes, oben S. 24), sei es auf Grund öffentlicher Versteigerung (z. B. der Kriegsbeute, venditio sub hasta), oder zum Zweck der assignatio (der obrigkeitlichen Anweisung von ager publicus), oder endlich in Form der adjudicatio (Zuspruch des Richters im Theilungsprocess, unten § 50).

Acquisitiones naturales waren die Erwerbsgründe des jus gentium. Sie sind unfeierlich, unöffentlich, und bewirken den Rechtserwerb regelmässig durch das Mittel des Besitzerwerbes. Die wichtigsten naturalen Erwerbsarten waren: Tradition und Occupation.

Die Ergänzung dieser Erwerbsgründe war die Usucapion (Ersitzung), welche selber juris civilis ist, weil durch eigenthümlich römische Rechtssätze ausgebildet.

Der Unterschied der Erwerbsarten hing mit dem Unterschied der Sachen zusammen. Der Grundsatz lautete, dass res mancipi (§ 46, III) nur durch civile Erwerbsart zu rechtem römischen Eigenthum (dominium ex jure Quiritium) erworben werden konnten. Blosse Tradition oder Occupation einer res mancipi gab nach Civilrecht kein Eigenthum. Aber der Prätor trat (etwa gegen Ende der Republik) reformatorisch dem Civilrecht gegenüber. Er gab auch in dem Fall, dass die res mancipi blos formlos verkauft (oder sonst veräussert) und tradirt war, dem Erwerber und gegenwärtigen Besitzer gegen die Eigenthumsklage des Veräusserers (der ja nach formellem Civilrecht Eigenthümer, dominus ex jure Quiritium, geblieben war) eine exceptio rei venditae et traditae. Das dominium ex jure Quiritium, welches im Fall formloser Ver-

äusserung bei dem Veräusserer zurückblieb, ward also durch den Prätor dem Erwerber gegenüber entwerthet. Umgekehrt, wenn solchem Erwerber der res mancipi der Besitz abhanden kam, so hatte er zwar nach Civilrecht keine Eigenthumsklage (denn er war ja nicht Eigenthümer, wegen des blos formlosen Erwerbsacts); aber der Prätor gab ihm die sog. actio Publiciana in rem (unten § 53), und gab ihm damit thatsächlich wesentlich dieselbe Vindicationsbefugniss, als wenn er der rechte Eigenthümer wäre. Also: der Prätor setzte das Eigenthum des Civilrechts (das quiritarische Eigenthum) bei Seite, und stellte ihm thatsächlich ein anderes Eigenthum, ein prätorisches Eigenthum, gegenüber, welches zwar nicht formell zum Eigenthümer machte, aber doch durch exceptio und actio die Sache thatsächlich dem Vermögen des Erwerbers einverleibte. Daher die Bezeichnung des prätorischen Eigenthums als in bonis esse (sog. bonitarisches Eigenthum). Dies bonitarische Eigenthum kann auch an res mancipi durch naturale Erwerbsart erworben werden[1]).

Durch sein Edict verwandelte der Prätor also das Eigenthum des alten Civilrechts in eine blosse Form (nudum jus Quiritium). Der Unterschied der Sachen (ob res mancipi oder nec mancipi), und ebenso der Unterschied der Erwerbsarten (ob civiles oder naturales) war von prätorischen Rechts wegen beseitigt worden.

Für das Civilrecht aber blieben die alten Unterschiede bei Bestand, und das klassische Recht ruht noch auf dem Gegensatz des dominium ex jure Quiritium und des in bonis esse. Erst Justinian hat hier den Abschluss der Entwickelung herbeigeführt, indem er das quiritarische Eigenthum aufhob und das prätorische Eigenthum (dem thatsächlichen Verhältniss entsprechend) nun auch formell für die einzige Art des Eigenthums erklärte, für welches natürlich jetzt allein die naturalen Erwerbsarten in Frage kamen. Es gab jetzt nur ein einziges Eigenthum und ein einziges System von Erwerbsgründen, nicht aber des jus civile, sondern des jus gentium. Für dies justinianische Eigenthumserwerbsrecht ist nicht mehr ein formaler Gegensatz, sondern lediglich

1) Damit war denn auch den Peregrinen der Eigenthumserwerb an res mancipi zugänglich gemacht.

lich der sachlich begründete Gegensatz von derivativen und originären Erwerbsgründen von Bedeutung.

c. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo (7, 25) (JUSTINIAN.): Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex jure Quiritium nomen, vel tantum in bonis reperitur: quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, nec ex jure Quiritium nomen, quod nihil ab aenigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum nomen, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt: sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium.

§ 50.

Der Erwerb des Eigenthums. — Derivative Erwerbsgründe.

Sobald die Welt irdischer Güter vergeben ist, wird die regelmässige Eigenthumserwerbsart sein, dass ich von einem Anderen Eigenthum erwerbe. Dieser Andere ist mein Auctor. Ich succedire in sein Eigenthum. Ich erwerbe das Eigenthum nur dann, wenn mein Auctor wirklich Eigenthümer war. Darin liegt das Wesen des derivativen Eigenthumserwerbsgrundes.

Derivativer (abgeleiteter) Rechtserwerb ist ein Erwerb, welcher von der Berechtigung eines bestimmten Anderen (des Auctors) abhängig ist. Die derivativen Eigenthumserwerbsgründe des justinianischen Rechts sind: Tradition, Vermächtniss, Adjudication.

I. Die Tradition ist die Besitzübertragung mit dem Willen der Eigenthumsübertragung. Nicht durch blosse Willenseinigung (z. B. Kaufvertrag, Schenkungsversprechen), sondern erst durch thatsächliche Uebergabe des Besitzes wird das Eigenthum (sei es an Grundstücken, oder an beweglichen Sachen) nach römischem Recht erworben. Doch ist es nicht nöthig, dass der Wechsel des Besitzes körperlich sichtbar sei. Es giebt eine Tradition durch constitutum possessorium, d. h. durch die blosse Erklärung des Tradenten, die Sache nunmehr für den Erwerber innehaben zu wollen (vgl. unten § 54). Umgekehrt: wenn der Käufer

bereits in der thatsächlichen Gewalt über die Sache sich befindet (z. B. als Miether), so giebt es eine sog. brevi manu traditio, d. h. eine Tradition durch die blosse Erklärung des Tradenten, dass der Erwerber die bereits innegehabte Sache nunmehr im eigenen Namen (als sein Eigenthum) innehaben solle.

Sowohl in dem Fall des constitutum possessorium wie bei brevi manu traditio geht scheinbar durch blosse Willenserklärung der Eigenthumswechsel vor sich, aber nur deshalb, weil jene Willenserklärung nicht blos sagt, der Andere solle nun Eigenthümer sein, sondern zugleich eine Aenderung des realen Machtverhältnisses über die Sache, d. h. eine Aenderung der thatsächlichen Besitzverhältnisse, und erst durch das Mittel derselben die Aenderung des Eigenthums herbeiführt. Ausnahmslos gilt der Satz, dass der Eigenthumserwerb durch Tradition nicht blos vertragsmässige Vereinbarung über den Uebergang des Eigenthums, sondern Vollziehung dieser Vereinbarung durch Uebertragung des thatsächlichen Besitzes (des juristischen Besitzes, unten § 54) fordert. Umgekehrt gilt selbstverständlich ebenso der Satz, dass die blosse Hingabe der Sache (z. B. zur Aufbewahrung, zum leihweisen Gebrauch) kein Eigenthum überträgt und überhaupt keine Tradition im Rechtssinne ist. Damit die Uebergabe der Sache Tradition im Rechtssinne sei, ist der Wille, Eigenthum übertragen zu wollen, nothwendig, ein Wille, welcher regelmässig in einem der Tradition voraufgehenden Rechtsgeschäft (sog. causa traditionis), z. B. im Kaufvertrag, seinen Ausdruck findet.

L. 20 pr. D. de A. R. D. (41, 1) (Ulpian.): Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert.

L. 20 C. de pact. (2, 3) (Diocletian.): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

L. 31 pr. D. de A. R. D. (41, 1) (Paulus): Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

II. Das Vermächtniss ist ein derivativer Eigenthumserwerbsgrund, insofern der Testator durch letztwillige Verfügung seine Sache direct Jemandem als Vermächtniss zu Eigenthum zuwenden kann. Es bedarf einer Besitzergreifung von Seiten des

Vermächtnissnehmers nicht; sobald vielmehr das Vermächtnissrecht geltend gemacht werden kann (dies legati venit), wird dem Legatar unmittelbar (ipso jure), ohne dass es einer Handlung von Seiten des Erben bedürfte, das Eigenthum an der vom Testator ihm direct zu Eigenthum vermachten Sache erworben, vorausgesetzt aber, dass der Testator Eigenthümer war oder doch über das Eigenthum verfügen konnte (daher ein derivativer Erwerbsgrund). Vgl. unten § 102.

III. Die Adjudicatio ist der Zuspruch des Richters im Theilungsverfahren. Durch das Theilungsverfahren soll (um die collidirenden Miteigenthümer auseinander zu setzen) Miteigenthum in Alleineigenthum verwandelt werden, entweder dadurch, dass die Sache reell getheilt, d. h. in mehrere Sachen zerlegt wird und Jedem der bisherigen Miteigenthümer Alleineigenthum an einer der neuen Sachen zugesprochen wird [1], oder dadurch, dass einem der Miteigenthümer die ganze Sache zu Alleineigenthum zugesprochen wird, unter der Verpflichtung, die anderen Miteigenthümer durch Geld zu entschädigen [2]. In beiden Fällen handelt es sich um Uebertragung von Eigenthum, nämlich um Uebertragung des Miteigenthums, soweit es den anderen condomini an derselben Sache zustand. Diese Uebertragung, welche denjenigen, zu dessen Gunsten sie geschieht, jetzt in einen Alleineigenthümer verwandelt, kann natürlich ohne Process geschehen (die Miteigenthümer setzen sich selber auseinander); dann bedarf es der Tradition (gegenseitigen Besitzübertragung). Sie kann aber auch, wenn gütliche Vereinbarung nicht glückt, im Wege des Processes, eben des Theilungsverfahrens, erfolgen, und dann wird sie durch das Urtheil des Richters, den Zuspruch, die adjudicatio, vollzogen, welche ohne Besitzübertragung die Eigenthumsveränderung herbeiführt, vorausgesetzt, dass der Processgegner wirklich der Miteigenthümer war. Die richterliche adjudicatio überträgt das Miteigenthum des einen Processführenden auf den andern. Der Processgegner, dessen Eigenthumsanrecht mir vom Richter zugesprochen wird, ist mein Auctor. Auch die ad-

1) Dies geschieht nur bei theilbaren Sachen, oben S. 162.

2) Dies geschieht bei untheilbaren Sachen.

judicatio ist ein derivativer Eigenthumserwerbsgrund, abhängig von der Berechtigung dieses Auctors.

Es versteht sich von selber, dass der Zuspruch im Theilungsverfahren (die adjudicatio) nicht zu verwechseln ist mit dem Urtheil, welches im Eigenthumsprocess den Kläger als Eigenthümer gegenüber dem beklagten Nichteigenthümer (welcher die Sache dem Kläger vorenthalten hatte) anerkennt. Das Urtheil im Eigenthumsprocess (rei vindicatio) hat nur declaratorische Kraft: es constatirt mein Eigenthum, welches ich schon vorher hatte, und bewirkt nur, dass der Beklagte von weiterer processualischer Anfechtung desselben ausgeschlossen ist (ich habe gegen ihn die exceptio rei judicatae, vgl. oben S. 150). Das Urtheil im Theilungsprozess dagegen, die adjudicatio, hat constitutive Kraft. Es bewirkt, dass ich ein Eigenthum erwerbe, welches ich früher nicht hatte, das Miteigenthum des Gegners (des condominus), wodurch ich, da ich früher nur Miteigenthümer war, jetzt Alleineigenthümer werde. Die adjudicatio ist daher ein Erwerbsgrund des Eigenthums neben der Tradition u. s. w., während das Urtheil im Eigenthumsprocess (rei vindicatio) keinen Erwerbsgrund von Eigenthum, sondern nur ein Schutzmittel für das anderweitig erworbene Eigenthum bedeutet.

§ 8 I. de off. jud. (4, 17): Quod autem istis judiciis (divisoriis) alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.

§ 51.

Der Erwerb des Eigenthums. — Originäre Erwerbsgründe.

Originäre Erwerbsgründe des Eigenthums sind solche, welche die selbständige Schöpfung eines neuen Eigenthums herbeiführen, welche daher in ihrer Wirkung von dem Eigenthum eines bestimmten Andern unabhängig sind. Wer originär erwirbt, hat keinen Auctor.

I. Die Occupation ist die ursprünglichste aller Eigenthumserwerbsarten. Sie ist der Besitzerwerb an einer herrenlosen Sache mit dem Willen des Eigenthumserwerbes. Res nullius occupanti cedit. Beispiele sind die Occupation von wilden Thieren,

von Muscheln oder Steinen am Meeresstrand, von derelinquirten Sachen.

Die Dereliction ist das Gegenstück der Occupation. Sie ist die Besitzentäusserung mit dem Willen der Eigenthumsentäusserung (so z. B. das Wegwerfen der Apfelsinenschale, nachdem die Apfelsine gegessen worden ist). Sie macht, sobald die Besitzentäusserung körperlich vollzogen ist, die Sache herrenlos.

Derelinquirte Sachen können daher von Jedermann occupirt, und so zu Eigenthum erworben werden.

Von derelinquirten Sachen unterscheiden sich selbstverständlich verlorene Sachen, also solche Sachen, welche wider Willen abhanden gekommen sind. Hier ist nur der thatsächliche Besitz verloren, nicht das Eigenthum. Die Sache ist nicht res nullius, sondern res alicujus, und daher nicht occupirbar. Der Finder wird nicht Eigenthümer. Er ist vielmehr verpflichtet, für die Aufbewahrung und Erhaltung der Sache, sowie (soweit es ihm möglich ist) für die Rückerstattung derselben an ihren Eigenthümer (z. B. durch Anmeldung bei der Polizei) zu sorgen.

Allerdings aber wird als herrenlos behandelt der Schatz, der sog. thesaurus. Schatz im Rechtssinn ist ein vor Alters verborgenes Werthobject, dessen Eigenthümer gegenwärtig unbekannt ist. Der Schatz fällt zur Hälfte an den Finder (den Occupanten), zur anderen Hälfte an den Grundeigenthümer.

Nach römischem Recht war auch Feindesgut occupabel, sobald es auf römischen Boden gelangte; war es in's Feindesland zurückgebracht, so fiel es durch jus postliminii von selber an den früheren Eigenthümer zurück. Ebenso umgekehrt römisches Eigenthum, welches aus den Händen der Feinde in römisches Gebiet zurückkehrte.

§ 12 I. de rer. div. (2, 1): Ferae igitur bestiae et volucres et pisces, id est omnia animalia, quae in terra, mari, coelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno.

§ 18 eod.: Item lapilli et gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

L. 31 § 1 D. de A. R. D. (41, 1) (Paulus): Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit.

§ 39 I. de rer. div. (2, 1): Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. At, si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit.

§ 17 eod.: Item ea, quae ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt; adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

II. Die Usucapion oder Ersitzung ist der Eigenthumserwerb durch fortgesetzten Besitz.

Die Usucapion gehört zu den Selbstbeschränkungen, welche das Eigenthum im Interesse seiner eigenen Sicherheit sich aufzuerlegen genöthigt ist.

Alle Sicherheit würde aufhören, wenn das Eigenthum unbeschränkt und durch alle Zeiten geltend gemacht werden könnte. Es muss einen Moment geben, wo der frühere Eigenthümer dem gegenwärtigen redlichen Erwerber gegenüber aufhört, Eigenthümer zu sein, und der redliche Erwerber sich auch von Rechtswegen in den Eigenthümer verwandelt. Diesen Moment bestimmt die Usucapion.

Noch ein anderer Umstand kommt hinzu. Wenn etwa der Eigenthümer in den Fall kommt, sein Eigenthum klageweise gegen einen Dritten geltend zu machen, so muss er sein Eigenthum beweisen. Nun hat er etwa die Sache von einem Vormann durch Kauf und Tradition erworben. Das genügt aber nicht zum Nachweis des Eigenthums. Denn die Tradition ist ein derivativer Erwerbsgrund, und sein Vormann (sein Auctor) konnte ihn nur dann zum Eigenthümer machen, wenn er (der Vormann) selber Eigenthümer war. Also muss ferner auch das Eigenthum des Vormanns nachgewiesen werden. Nun hat aber dieser die Sache (denken wir z. B. an ein Haus) auch seinerseits durch Kauf und Tradition, also wiederum durch blos derivativen Erwerbsgrund erworben. So wird man auf den Vormann des Vormanns kommen, und so fort: eine unendliche Reihe thut sich auf, und es ist ein

fach unmöglich, auf Grund des derivativen Titels zu einem Nachweis des Eigenthumes zu gelangen. Darum ist es nöthig, dass der derivative Titel durch einen originären ergänzt werde, und dieser originäre Titel ist die Usucapion. Es ist nicht nöthig, dass ich auf alle Vormänner zurückgehe. Es genügt, darzuthun, dass die Sache redlich erworben, eine bestimmte Zeit hindurch besessen ist, dass ich sie also jedenfalls usucapirt haben würde, falls ich durch die Tradition selbst noch nicht Eigenthümer geworden wäre. Die Rechtssätze über Usucapion sind dazu bestimmt, die Wirkung des derivativen Titels (Tradition) nach bestimmter Zeit definitiv und von dem Recht der Vormänner unabhängig zu machen.

Um der Sicherheit sowohl wie um der Beweisbarkeit des Eigenthums willen, ist es also nothwendig, dass es eine Ersitzung gebe, dass unter Umständen auch der an sich nicht berechtigte Besitz dennoch nach gewisser Länge der Zeit in Eigenthum sich verwandle.

Schon das altrömische Recht hatte diese Wahrnehmung gemacht, und kannte einen Eigenthumserwerb durch Besitz (usus), welcher für unbewegliche Sachen die Zeit von zwei Jahren, für alle übrigen Sachen die Zeit von einem Jahre forderte. Diese usucapio der zwölf Tafeln war aber auf römische Bürger beschränkt (weil dem jus civile angehörig), und war ferner objectiv nur an denjenigen Sachen möglich, an denen es quiritarisches Eigenthum geben konnte. So waren also sämmtliche Provinzialgrundstücke der civilen Usucapion entzogen, denn am fundus provincialis gab es nach römischem Recht nur ein Eigenthum des römischen Staats (populus Romanus), kein Privateigenthum (dominium ex jure Quiritium). Dennoch bestanden selbstverständlich auch in den Provinzen thatsächlich Grundbesitzverhältnisse mit Kauf und Verkauf, Vererbung und Vermächtniss, kurz, Verhältnisse, welche thatsächlich Privateigenthum an Häusern, Gärten, Aeckern bedeuteten. Einen Rechtsschutz gab es hier von römischen Civilrechtswegen nicht. Das prätorische Edict (und die Edicte der Magistrate in den Provinzen) war es, welches hier eine Form des Rechtsschutzes einführte, nämlich die praescriptio longi temporis. Hatte Jemand auf Grund rechtmässigen Erwerbes (justo titulo) und in gutem Glauben (bona fide) „lange Zeit“, nämlich 10 Jahre

inter praesentes (der Gegner war mit ihm in derselben Provinz domicilirt) oder 20 Jahre inter absentes (der Gegner war in einer anderen Provinz domicilirt) das Grundstück besessen, so brauchte er sich auf die Klage des früher etwa an dem Gute Berechtigten nicht einzulassen; er ward durch eine praescriptio (einen Vorbehalt zu seinen Gunsten, der an den Beginn der Formel gesetzt wurde, also dadurch formell von der exceptio sich unterschied) geschützt. Unter den gleichen Voraussetzungen ward ihm dann auch eine Klage (in rem actio) gegen jeden Dritten gegeben.

Justinian hat nun die civile usucapio und die prätorische longi temporis possessio zu einem einzigen Institut verschmolzen. Die longi temporis possessio ward die Ersitzung des Eigenthums von Grundstücken (es ward also nun gleichgültig, ob es sich um einen fundus Italicus oder um einen fundus provincialis handelte). Daneben blieb die Usucapion von Mobilien, für welche jedoch die alte einjährige Frist auf drei Jahre erstreckt wurde. Also: das Eigenthum an Grundstücken wird nach justinianischem Recht in 10 (inter praesentes) oder in 20 Jahren (inter absentes) ersessen; das Eigenthum an Mobilien in drei Jahren. Es ist nicht nöthig, dass man selber die ganze Zeit hindurch den Besitz gehabt habe; man ist berechtigt, sich den Besitz seines Vorgängers, von dem man rechtmässig erworben, anzurechnen (sog. accessio possessionis). Weitere Voraussetzung ist, dass man rechtmässig erworben habe (z. B. durch Tradition oder Vermächtniss), sog. justus titulus, und dass man in gutem Glauben sei, also von der Rechtmässigkeit seines Besitzes überzeugt sei, sog. bona fides. Die res extra commercium (oben S. 160) sind selbstverständlich der Ersitzung entzogen: weil es überhaupt kein Eigenthum an ihnen giebt. Andere Sachen sind, obgleich in commercio, doch durch positives Gesetz der Ersitzung entzogen worden (sog. res inhabiles). So die res furtivae nach den 12 Tafeln und der lex Atinia, die res vi possessae nach der lex Julia et Plautia. Damit hängt die von Justinian eingeführte sog. ausserordentliche Ersitzung (longissimi temporis praescriptio) zusammen: ist die Sache kraft positiven Gesetzes der Ersitzung entzogen (res inhabilis), oder fehlt dem Besitzer der Titel, oder kann er den Titel vielleicht nicht mehr beweisen, so kann das Eigenthum dennoch durch Besitz von 30 oder 40 Jahren ersessen werden, voraus-

gesetzt, dass der Besitz bona fide erworben war, d. h. es genügt (falls bona fides vorhanden ist), dass die Voraussetzungen der Klagverjährung erfüllt sind (oben S. 148). Ist der Besitz bona fide erworben, und dann die Eigenthumsklage gegen den Besitzer verjährt, so soll derselbe nicht blos die Einrede der Klagverjährung, sondern positiv das Eigenthum an der Sache erworben haben, also im Fall des Besitzverlustes auch seinerseits gegen jeden Dritten klageberechtigt zu sein.

Das Gebiet der Ersitzung war im klassischen römischen Recht ein doppeltes: einmal hatte sie die Aufgabe, den bonitarischen Eigenthümer in einen quiritarischen zu verwandeln, also den Rechtserwerb zu ergänzen, gerade auch in dem Fall, wenn man vom Eigenthümer erworben hatte (der formlose Erwerb einer res mancipi gab erst auf Grund der Usucapion nach Ablauf von 1 bezw. 2 Jahren quiritarisches Eigenthum); zum andern diente sie dem Eigenthumserwerb dessen, welcher vom Nichteigenthümer gutgläubig erworben hatte. Dort war es die mangelnde Form des Titels, hier war es die mangelnde Berechtigung des Auctors, welche die Ersitzung nothwendig machte. Im justinianischen Recht ist der Gegensatz des bonitarischen und des quiritarischen Eigenthums, und zugleich damit der Gegensatz des Erwerbsgrundes, ob formfrei (juris gentium) oder formbedürftig (juris civilis) hinweggefallen. Jeder Erwerbsgrund giebt volles Eigenthum, sofern nur (beim derivativen Titel) der Auctor wirklich Eigenthümer war. Es giebt daher jetzt im Fall des Erwerbs vom Eigenthümer keine Ersitzung mehr, und ist nur die zweite Function der Ersitzung übrig geblieben: Den, welcher vom Nichteigenthümer erwarb, dennoch nach gewisser Zeit zum Eigenthümer zu machen.

pr. I. de usuc. (2, 6): Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique uno: si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucaperet, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora: nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est

inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur: et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, justa causa possessionis praecedente, adquirantur.

§ 1 eod.: Sed aliquando, etiam si maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum possideat.

§ 2 eod.: Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem; vi possessarum lex Julia et Plautia.

III. Accession nennt man eine Sache, welche vorher selbständig existirte, nunmehr aber integrirender Bestandtheil einer andern geworden ist, z. B. eine Pflanze, die ich in mein Grundstück einpflanze. Die Sache, welche Accession geworden ist, hat aufgehört selbständig zu existiren. Es giebt aber ein Eigenthum nur an selbständigen Sachen, nicht an Sachtheilen (oben S. 160). Daher, wenn die Sache Accession geworden ist, so ist mit ihrer selbständigen Existenz auch das frühere Eigenthum, welches an ihr bestand, untergegangen. Ich, dem die Hauptsache (die Sache, in welcher die andere aufgegangen ist) gehört, bin jetzt jedenfalls auch Eigenthümer der Accession (z. B. der Pflanze), sollte dieselbe auch vorher einem Andern zu Eigenthum gehört haben, denn diese Accession ist jetzt ein ununterscheidbarer Bestandtheil meiner Sache geworden, und wird daher mit Rechtsnothwendigkeit von meinem Eigenthum an dieser Sache mitergriffen (wobei meine Pflicht, den früheren Eigenthümer zu entschädigen, vorbehalten bleibt). In diesem Sinne ist die Accession ein Eigenthumserwerbsgrund, und zwar ein originärer, weil es gleichgültig ist, wem vor der Verbindung etwa das Eigenthum an der Accession zugestanden haben mag.

Beispiele der Accession sind: die implantatio, die inaedificatio (das Haus als Ganzes ist Accession des Grund und Bodens), die alluvio (die unmerkliche Anschwemmung, durch welche der öffentliche Fluss ein Grundstück vergrössert), die avulsio (die merkliche Anschwemmung: der öffentliche Fluss hat ein grösseres Stück von einem höher liegenden Grundstück abgerissen

und an mein Grundstück angeschwemmt; sobald es mit meinem Grundstück verwachsen ist, habe ich als an einer Accession Eigenthum daran erworben), der alveus derelictus (der öffentliche Fluss hat sein Bett verändert; das freigewordene Flussbett fällt den Anliegern auf beiden Seiten als Accession zu, jedem bis in die Mitte des Flussbetts), die insula nata (theilweises Freiwerden des öffentlichen Flussbetts; es gilt das gleiche, wie beim alveus derelictus).

§ 20 I. de rer. div. (2, 1): Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoquo temporis momento adjiciatur. § 21. Quod si vis fluminis de tuo praedio partem aliquam detraxerit et vicini praedio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini tui haeserit, arboresque, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitae esse.

§ 22 eod.: Insula, quae in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit, nullius enim esse creditur. At insula in flumine nata (quod frequenter accidit) si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

§ 23 eod.: Quodsi, naturali alveo in universum derelicto, alia parte fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quae latitudo prope ripam sit.

§ 29 eod.: Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse dominus esse intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit.

§ 31 eod.: Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit, et ex diverso, si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit.

§ 33 eod.: Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac si solo cedere solent ea, quae inaedificantur, aut inseruntur.

§ 34 eod.: Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturae cedere; aliis videtur pictura, qualiscunque sit,

tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.

IV. Specification ist die wertherhöhende Sachverarbeitung (z. B. in der Bäckerei, in der Kelterei, in der Fabrik). Aus dem Rohstoff wird ein Arbeitserzeugniss höheren wirthschaftlichen Werthes hergestellt. Eine Neuschöpfung ist durch die Arbeit vor sich gegangen. Um dieser wirthschaftlichen Productionskraft willen soll der Arbeit dann auch das Arbeitsproduct zufallen: der Specificant (der Fabrikant), d. h. derjenige, welcher selber oder durch Andere das neue Product hergestellt hat (der Arbeitsunternehmer) erwirbt an der specificirten Sache Eigenthum, ohne Rücksicht darauf, wer früher Eigenthümer war (also originär), falls er in bona fide war und (nach einer positiven Bestimmung Justinians) falls die frühere Gestalt der Sache nicht wieder hergestellt werden kann.

§ 25 I. de rer. div. (2, 1): Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum ex naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiae dominus fuerit. Ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit. — Et post multam Sabinianorum et Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium, si ea species ad priorem et rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. Ut ecce vas conflatum potest ad rudem materiam aeris, vel argenti, vel auri reduci, vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dederit, sed et partem materiae praestiterit.

V. Früchte sind diejenigen Erzeugnisse einer Sache, in deren Hervorbringung der Werth der Sache besteht, z. B. Milch von der Kuh, Junge von Thieren, Feldfrüchte, Gartenfrüchte. An den Früchten kann unter Umständen ein Anderer Eigenthum erwerben als der Eigenthümer der Hauptsache, z. B. der Pächter, der Niessbrauchs-

berechtigte, auch der gutgläubige Besitzer. Wer in gutem Glauben eine fremde Sache besitzt, erwirbt dennoch die Früchte dieser Sache zu Eigenthum, braucht auch, wenn später der Eigenthümer der Sache klagend gegen ihn auftritt, die bereits in gutem Glauben consumirten Früchte nicht heraus zu geben, sondern restituirt ausser der Hauptsache nur die im Moment der Klagerhebung noch vorhandenen Früchte. Nach Beginn des Processes aber ist ihm bewusst, dass er möglicherweise eine fremde Sache besitzt. Vom Augenblick der litis contestatio an hat er darum positive Sorgfalt (omnis diligentia) auf die Fruchtziehung zu wenden: er hat dem Kläger, falls dieser als Eigenthümer den Process gewinnt, alle während des Processes gezogenen Früchte (fructus percepti) herauszugeben und ausserdem noch Schadensersatz zu leisten, falls er mehr Früchte hätte ziehen können (sog. fructus percipiendi).

§ 35 I. de rer. div. (2, 1): Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo, si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.

§ 36 eod. Is vero, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. — Eadem fere et de colono dicuntur.

§ 52.

Der Schutz des Eigenthums.

Der Eigenthümer hat zum Schutz seines Eigenthums zwei Klagen: die rei vindicatio und die actio negatoria.

I. Die rei vindicatio ist die Klage, welche der Eigenthümer gebraucht, falls der Besitz ihm verloren gegangen ist, und nun ein Dritter im Besitz sich befindet (ubi rem meam invenio, ibi vindico). Sie ist also die Klage des nicht besitzenden Eigenthümers gegen den besitzenden Nichteigenthümer. Hat der Beklagte ein Recht in Bezug auf die Sache, welches ihn befugt, die Sache dem Eigenthümer vorzuenthalten (z. B. ein Pfandrecht

oder ein Niessbrauchsrecht oder das Recht des Miethers), so wird er im Wege der exceptio geschützt; sonst muss er die Sache mit allem Zuwachs (cum omni causa) dem vindicirenden Eigenthümer restituiren[1]).

II. Die actio negatoria ist die Klage des Eigenthümers, der nur im Besitz gestört ist, also die Klage des besitzenden Eigenthümers zur Aufrechterhaltung der Integrität seines Besitzes. Beklagter ist, wer den Besitz des Eigenthümers gestört hat. Er muss die Störung unterlassen und dem Eigenthümer allen Schaden ersetzen.

§ 53.

Der Schutz des Ersitzungsbesitzes.

Usucapirt Jemand eine fremde Sache, so hat er nach Vollendung der Usucapion die rei vindicatio und die actio negatoria des Eigenthümers, da er ja durch die Usucapion Eigenthum erworben hat. Aber der Prätor will den Usucapienten schon schützen vor Vollendung der Usucapion. Zu diesem Zweck hat er die actio Publiciana in rem eingeführt. Sie ist eine Eigenthumsklage, welche unter der Fiction gegeben wird, dass die Ersitzungsfrist bereits abgelaufen sei, d. h. die Klage ist demjenigen Besitzer zuständig, welchem zum Erwerb des Eigenthums nur noch der Ablauf der Zeit fehlt (vergl. oben S. 130). So hat der Usucapionsbesitzer im praktischen Erfolg die Eigenthumsklage (in der Form der Publiciana actio) schon vor dem Erwerb des Eigenthums; auch die actio negatoria wird ihm in gleicher Weise gegeben. Weil aber der Kläger hier doch noch nicht wirklicher Eigenthümer ist, so ist in zweierlei Hinsicht die Publiciana schwächer, als die ächte Eigenthumsklage. Nämlich 1) der wahre Eigenthümer, welcher etwa jetzt im Besitz der Sache sich befindet oder jetzt den Usucapionsbesitzer im Besitz

1) Daher die soeben § 51 a. E. besprochene Haftung des bonae fidei possessor auch für Restitution der Früchte. Der malae fidei possessor haftet noch strenger: er hat, weil er wissentlich die fremde Sache besitzt, für die ganze Dauer seines Besitzes (also schon vor der litis contestatio) für fructus percipiendi einzustehen.

der Sache stört, hat gegen die actio Publiciana die exceptio dominii, kann also nicht verurtheilt werden; 2) ist der Beklagte gleichfalls im Ersitzungsbesitz befindlich (und usucapirt also dieselbe Sache, welche der Kläger früher in Usucapionsbesitz gehabt und dann etwa verloren hat), so dringt der Kläger nur durch, falls Beklagter von demselben Auctor wie der Kläger, und zwar später als der Kläger, erworben hatte; hat der Beklagte aber von einem anderen Auctor erworben, oder zwar von demselben Auctor, jedoch früher als der Kläger, so ist er gleichfalls durch exceptio geschützt und wird freigesprochen.

Im Uebrigen aber ist der Erfolg der Publiciana actio der gleiche wie bei der echten Eigenthumsklage. Die Publiciana in rem actio fungirt also als rei vindicatio im Fall entzogenen Besitzes (und an die Publiciana in diesem Anwendungsfall pflegt man zunächst zu denken, wenn ohne weiteren Zusatz von Publiciana actio die Rede ist); andererseits fungirt sie als sog. Publiciana negatoria actio im Fall blos gestörten Besitzes.

Der Zweck der Publiciana actio ist nicht, dem Eigenthümer seine Sache durch den Usucapionsbesitzer wegnehmen zu lassen (deshalb hat der Eigenthümer exceptio dominii), sondern vielmehr, den Usucapionsbesitzer gegen den schlechter Berechtigten zu schützen. Ja, sie vermag noch mehr zu leisten: der Eigenthümer selber kann, falls er wegen Besitzentziehung oder Besitzstörung zu klagen genöthigt ist, die Publiciana gebrauchen. Warum? Weil er von seinem Eigenthum absehen und geltend machen kann, dass auf jeden Fall die Voraussetzungen des Usucapionsbesitzes in seiner Person erfüllt sind. Er hat ja auch die Sache gekauft oder sonstwie rechtlich erworben. Er ist ja auch in bona fide. Das genügt völlig, um die Publiciana zu begründen und den Gegner, welcher an der Sache kein Recht hat, zu überwinden. Der formalen Eigenthumsklage und des Beweises bereits voll erworbenen Eigenthums bedarf es nicht.

Mit der letzten Bemerkung sind wir in das Gebiet eingetreten, welches die Publiciana im praktischen Leben vornehmlich beherrscht. Im thatsächlichen Erfolg, d. h. in der weitaus grössten Mehrzahl der Fälle, ist die Publiciana die Klage des Eigenthümers, aber eine Klage, welche er in der Rolle eines Usucapionsbesitzers anstellt. Die Rechtssätze über Schutz des

Usucapionsbesitzes sind in ihrem letzten Ziel dazu bestimmt, dem Eigenthum eine zweite Reihe von Schutzmitteln zu gewähren, und zwar unter leichteren Bedingungen als sie für die formalen und eigentlichen Eigenthumsklagen zu erfüllen sind. Schon im römischen Recht ist dies letzte Ziel der Publiciana deutlich ausgesprochen. Sie dient nicht bloss dem Usucapionsbesitzer, welcher a non domino erworben hatte, sondern ebenso auch dem bonitarischen Eigenthümer, welcher a domino (aber eine res mancipi durch blosse Tradition) erworben hatte: weil ja auch dieser in Bezug auf das quiritarische Eigenthum Usucapionsbesitzer war (vgl. oben S. 175). Sie war also im römischen Recht sogar formell als Eigenthumsklage in Anwendung, als eine Eigenthumsklage nämlich im Dienste des bonitarischen Eigenthums.

Gaj. Inst. IV § 36: datur autem haec actio (Publiciana) ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam EX JURE QUIRITIUM SUAM ESSE intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit, veluti hoc modo: JUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT, ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPORTERET, et reliqua.

§ 4 I. de act. (4, 6): Quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.

L. 17 D. de Publ. act. (6, 2) (NERATIUS): Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur (ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio SI EA RES POSSESSORIS NON SIT), sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

§ 54.

Der Schutz des juristischen Besitzes. — Besitz und Eigenthum.

Vom Eigenthum unterscheidet sich der Besitz. Das Eigenthum ist die rechtliche, der Besitz aber nur die thatsächliche Herrschaft über eine Sache. Der Besitz ist die Ausübung des Eigenthums, und im Allgemeinen ist die Idee des Rechts, dass der Eigenthümer auch zugleich Besitzer sein soll. Daher der gewöhnliche Sprachgebrauch, welcher Eigenthum und Besitz mit

einander identificirt. Dennoch sind Eigenthum und Besitz begrifflich von einander zu trennen. Das Eigenthum kann man haben ohne den Besitz, den Besitz kann man haben ohne das Eigenthum (z. B. im Fall des Diebstahls). Der Besitz ist begrifflich das Gegentheil des Eigenthums, wie das factum begrifflich das Gegentheil des jus.

Nun ist aber klar, dass der Besitz, die thatsächliche Herrschaft über die Sache, sehr verschiedener Art sein kann.

Entweder: ich habe die Sache zwar in meinen Händen und habe sie vielleicht in meinem eigenen Interesse (z. B. das Buch, welches ich geliehen habe), aber ich erkenne einen Anderen als den eigentlichen Herren der Sache an (den Verleiher des Buchs), und will, indem ich die Sache aufbewahre, oder sonst auf sie einwirke, nicht blos mir, sondern zugleich dem Andern die Sache erhalten. In diesem Fall habe ich blos das corpus des Besitzes, d. h. das Aeusserliche des Besitzes. Es fehlt mir der animus des Besitzes, nämlich der mit dem körperlichen Verhältniss sich deckende Wille. Ich will, obgleich ich die Sache in meinen Händen habe, sie doch nicht für mich allein haben, sondern sie in letzter Instanz für einen Andern haben. Es fehlt hier dem Inhaber der animus rem sibi habendi. Er hat vielmehr den animus rem alteri habendi. In diesem Fall spricht man von blosser Detention. Der Detentor (z. B. der Leiher, Miether, Pächter, Depositar, Mandatar) besitzt die Sache in Unterordnung unter einen Anderen. Er ist der Stellvertreter dieses Anderen im Besitz: dieser Andere (der Verleiher, Vermiether u. s. w.) besitzt durch den Detentor.

Oder: ich habe die Sache in meinen Händen, und will sie zugleich für mich allein haben, z. B. weil ich Eigenthümer bin oder mich wenigstens für den Eigenthümer halte, oder auch etwa obgleich ich weiss, dass ich nicht Eigenthümer bin, weil ich nämlich den entschiedenen Willen habe, die Sache dennoch für mich allein zu haben, (so der Dieb, welcher in Bezug auf sein thatsächliches Verhalten zur Sache vom Eigenthümer nicht zu unterscheiden ist). In diesem Fall habe ich nicht blos das corpus, sondern auch den animus des Besitzes, nämlich den mit dem körperlichen Verhältniss sich deckenden Willen. Ich habe die Sache nicht blos in Händen, sondern will sie auch für

mich allein haben (animus rem sibi habendi, von den Neueren animus domini genannt). Ich habe die Sache wie ein Eigenthümer (Alleinherrscher) der Sache, mag ich nun wirklich Eigenthum haben oder nicht, und mag ich im letzteren Fall von meinem Nichteigenthum Kenntniss haben (Dieb) oder nicht (bonae fidei possessor, Usucapionsbesitzer).

Die zuletzt geschilderte Art des Besitzes wird technisch juristischer Besitz genannt. Den juristischen Besitz machen also zwei Momente aus: 1) corpus (Detention), die thatsächliche Herrschaft über die Sache (sei es, dass man das corpus in eigener Person habe, oder durch das Mittel eines Detentors, z. B. des Entleihers, Pächters u. s. w.); 2) animus (domini), der Wille, die Sache für sich allein zu haben. Ist die Sache einem Anderen zu blosser Detention übergeben (z. B. Leihe, Pacht, Mandat u. s. w.), so hat der directe Inhaber des corpus (der Entleiher u. s. w.) blos Detention, der indirecte Inhaber des corpus aber (Verleiher, Verpächter, Mandant u. s. w.) den juristischen Besitz.

Der juristische Besitz erzeugt bestimmte Rechtsmittel (und daher führt er seinen Namen), welche um seines Schutzes willen gegeben werden: die sog. possessorischen Interdicte, nämlich (nach justinianischem Recht)

1) Das interdictum uti possidetis, ein interdictum retinendae possessionis, welches zur Erhaltung des gegenwärtigen juristischen Besitzes dient. Der juristische Besitzer bedient sich desselben im Fall einer blossen Störung seines Besitzes. Als juristischer Besitzer gilt aber für dies Interdict nur, wer seinen juristischen Besitz nec vi nec clam nec precario ab adversario erworben hat[1]). Wer gewaltthätig (vi) oder heimlich

1) Nach vorjustinianischem Recht galt das interdictum uti possidetis nur für Immobilien; für Mobilien galt ein anderes interdictum retinendae possessionis: das interdictum utrubi. Mit dem interdictum uti possidetis (Immobilien) siegte, wer gegenwärtig (im Moment der litis contestatio) nec vi nec clam nec precario ab adversario besass; mit dem interdictum utrubi (Mobilien) dagegen siegte, wer im Lauf des letzten Jahres (vor der litis contestatio) am längsten nec vi nec clam nec precario ab adversario besessen hatte (dabei war man berechtigt, die Besitzzeit seines Auctors sich anzurechnen, sog. accessio possessionis, vgl. oben S. 174). Justinian hat das interdictum utrubi aufgehoben, und das interdictum uti possidetis auch auf Mobilien er-

(clam, den Widerspruch des Gegners voraussehend und durch Heimlichkeit ihm entgehend) oder bittweise (precario, auf beliebigen Widerruf, ohne Rechtsgeschäft mit dem Verleiher) den juristischen Besitz von dem Processgegner erworben hat, wird in diesem Besitzprocess nicht als juristischer Besitzer geachtet, vielmehr gilt sein Processgegner (von welchem er vi, clam, precario erwarb) als juristischer Besitzer, und dem Letzteren muss der Besitz der Sache herausgegeben werden. So kann also (wenn der besitzende Kläger wegen Besitzstörung mit dem interdictum uti possidetis gegen denjenigen klagt, von welchem er den juristischen Besitz vi, clam oder precario erworben hatte) der Kläger zur Herausgabe des Besitzes an den Beklagten verurtheilt werden. In diesem Sinne sagt man, dass das interdictum uti possidetis zu den judicia duplicia (den zweischneidigen Klagen) gehöre: nicht blos der Beklagte, sondern auch der Kläger kann verurtheilt werden (beide Theile haben zugleich Kläger- und Beklagtenrolle) [2]).

2) Das interdictum unde vi und das interdictum de precario. Diese beiden Rechtsmittel sind interdicta recuperandae possessionis. Sie dienen zur Wiedererlangung eines verloren gegangenen juristischen Besitzes, und zwar das interdictum unde vi im Fall gewaltthätiger Besitzentziehung (durch körperliche Gewalt, Dejection), das interdictum de precario im Fall der Besitzentziehung durch Gebrauchsüberlassung ohne Restitutionsberedung, d. h. ohne Rechtsgeschäft. Das interdictum unde vi geht gegen den Dejicienten als solchen, ohne Rücksicht darauf, ob er noch besitzt oder nicht, ob er in eigner Person oder durch Andere die Dejection bewirkt hatte, ob der Kläger selber vi, clam oder precario von ihm erworben hatte oder nicht. Während also bei dem interdictum uti possidetis der Beklagte antworten kann: Du (Kläger) hast aber vi, clam oder precario von mir erworben (sog. exceptio vitiosae possessionis), wodurch dann, wie soeben ausgeführt ist, die Verurtheilung des Klägers herbeigeführt werden kann, ist bei dem interdictum unde vi diese exceptio vitiosae possessionis ausge-

---

streckt, so dass also jetzt auch für den Besitzstreit um bewegliche Sachen lediglich der Besitzstand im Moment der Litiscontestation entscheidet.

2) Judicia duplicia sind ausserdem die Theilungsklagen, unten § 70.

schlossen. Das interdictum de precario geht ebenso gegen den Empfänger des precarium als solchen.

Die genannten possessorischen Interdicte (retinendae und recuperandae possessionis) sind dem juristischen Besitzer als solchem zuständig, ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich an der Sache ein Recht hat oder nicht. Es wird ihm ein Rechtsschutz zu Theil um seines Besitzes willen (daher die Bezeichnung der Interdicte als possessorischer Rechtsmittel) ohne Rücksicht auf sein Recht. Ja, die Rechtsfrage ist geradezu ausgeschlossen. Der Beklagte kann sich nicht durch Berufung auf sein Recht an der Sache vertheidigen.

Dennoch bedeuten diese possessorischen Rechtsmittel, welche formell nur den Besitz schützen, im praktischen Erfolg regelmässig einen Schutz des Eigenthums. In weitaus der Mehrzahl der Fälle ist es der Eigenthümer, welcher zugleich den juristischen Besitz hat. Folglich hat der Eigenthümer folgende Wahl:

1) er kann petitorisch klagen (d. h. auf Grund seines Rechts an der Sache) unter Nachweis seines Eigenthums (§ 52).

2) er kann petitorisch klagen, unter Nachweis blos seines Usucapionsbesitzes (actio Publiciana). Er abstrahirt davon, dass er Eigenthümer ist; er macht geltend, dass die Erfordernisse des Ersitzungsbesitzes in seiner Person erfüllt sind (§ 53).

3) er kann possessorisch klagen unter Nachweis blos seines juristischen Besitzes (die possessorischen Interdicte). Er abstrahirt davon, dass er Eigenthümer oder doch Ersitzungsbesitzer ist; er macht nur geltend, dass die Erfordernisse des juristischen Besitzes (thatsächliche Gewalt über die Sache mit animus domini) in seiner Person erfüllt sind[3]).

Die eminente wirthschaftliche Bedeutung des Eigenthums kommt in der reichen Entfaltung der ihm zu Gebote stehenden Schutzmittel zum Ausdruck.

L. 12 § 1 D. de adq. poss. (41, 2) (Ulpian.): Nihil commune habet proprietas cum possessione.

L. 1 § 2 D. uti possid. (43, 17) (Ulpian.): Separata esse debet possessio a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor

---

3) Vgl. Jhering, Jahrb. f. Dogmatik des heutigen römischen Rechts, Bd. 9, S. 44 ff.

sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.

L. 3 § 1 D. de adq. poss. (41, 2) (Paulus): Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.

§ 2 I. de interdictis (4, 15): Sequens divisio interdictorum haec est, quod quaedam adipiscendae possessionis causa comparata sunt, quaedam retinendae, quaedam recuperandae.

§ 4 eod.: Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia fit, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere, uter petere debeat. — Sed interdicto quidem uti possidetis de fundi vel aedium possessione contenditur, utrubi vero interdicto de rerum mobilium possessione.

§ 6 eod.: Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi, vel aedium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi vel clam vel precario possidebat.

II. Die Rechte an fremder Sache.

§ 55.

Im Allgemeinen.

Das Eigenthum allein vermag auf die Dauer den Interessen des Verkehrs nicht zu genügen. Es muss möglich sein, dass man in Form Rechtens auch auf fremde Sachen einzuwirken befugt ist.

Diesem Bedürfniss der Ergänzung der eignen Wirthschaft durch fremde Sachen (ohne das Eigenthum an denselben erwerben zu müssen) kann das obligatorische Rechtsgeschäft mit dem Eigenthümer dienen, z. B. der Pacht- oder Miethvertrag. Dann hat der Berechtigte aber immer nur (weil er ein blosses Forderungsrecht erworben hat, vgl. § 60) ein Recht gegen die Person des anderen Contrahenten. Wird der Pächter von einem Anderen als seinem Verpächter in dem Besitz und Genuss des Pachtgutes gestört, so hat er gegen diesen Dritten aus seinem Pachtrecht keine Klage; er muss sich erst an seinen Verpächter

wenden, damit dieser gegen den Dritten einschreite, eventuell klage.

Das obligatorische Rechtsgeschäft giebt also nur ein unvollkommenes (blos persönlich wirkendes) Recht hinsichtlich der fremden Sache. Daher ist das Bedürfniss, um welches es sich hier handelt, durch Rechtsgeschäfte dieser Art nicht voll befriedigt. Es muss besser geschützte Rechte in Bezug auf fremde Sachen geben.

Diesem Bedürfniss zu genügen, sind die dinglichen Rechte an fremder Sache ausgebildet worden. Sie geben ein stärkeres, nämlich ein auch gegen jeden Dritten direct wirksames und klagbares Recht hinsichtlich der Sache. Diese dinglichen Rechte an fremder Sache, von den Römern schlechtweg als jura in re bezeichnet, sind es, welche uns im Folgenden beschäftigen werden. Ihre gemeinsame juristische Natur (im Gegensatz zum Eigenthum) ist, dass sie ihrem Inhalt nach beschränkte Herrschaftsrechte über eine Sache darstellen, obgleich sie — darin dem Eigenthum gleich — gegen jeden dritten Störenden direct reagiren. Im Uebrigen sind die einzelnen jura in re nach Art und Bedeutung der von ihnen gewährten Herrschaft wesentlich von einander verschieden.

Das römische Recht hat nur verhältnissmässig wenige jura in re ausgebildet: die Servituten, die Emphyteuse, die Superficies, das Pfandrecht.

§ 56.

Die Servituten.

Die Servituten (Dienstbarkeiten) haben die Aufgabe, unter möglichster Schonung des Eigenthümers auch Anderen eine Theilnahme an der Nutzbarkeit der Sache zu gewähren. Das Eigenthum „dient" (servit), es ist beschränkt, nicht vollfrei, aber doch nicht wirthschaftlich aufgehoben. Im Gegentheil: im Verhältniss zur Servitut ist das Eigenthum das dominirende Recht. Es ist daher charakteristisch, dass das altrömische Civilrecht neben dem Eigenthum nur die Servitut duldet und zulässt. Es will grundsätzlich freies Eigenthum, und duldet daher die jura in re nur in der beschränkten Form der Servitut, Alle übrigen jura

in re sind erst später, durch den Prätor (Pfandrecht und Superficies, (unten §§ 58. 59) oder durch die spätkaiserliche Gesetzgebung (die Emphyteuse, unten § 57) ausgebildet worden.

Im Interesse des Eigenthums ist die Servitut theils dadurch zurückgesetzt, dass sie nur ganz bestimmte, einzelne Nutzungsrechte dem Servitutberechtigten gewährt, theils dadurch, dass sie unveräusserlich und unvererblich einem bestimmten Subject zusteht, und mit dem Untergang dieses Subjectes selber untergeht. Servituten sind beschränkte dingliche Nutzungsrechte an fremder Sache mit unveränderlichem Subject.

Die Art, wie das Subject einer Servitut bestimmt wird, ist eine zweifach verschiedene: entweder ist das Subject persönlich bestimmt (Personalservituten), oder das Subject ist dinglich bestimmt (Real- oder Praedialservituten). Bei den Praedialservituten ist der jedesmalige Eigenthümer eines Grundstücks der Servitutberechtigte.

Die Personalservitut geht unter durch Tod des Berechtigten (sie sind höchstens lebenslängliche Rechte), — dem Tod wirkt nach römischem Recht die capitis deminutio gleich, auch die capitis deminutio minima (oben S. 86). Die Prädialservituten gehen, wenn nicht andere Gründe eintreten, erst unter mit dem Untergang des Grundstücks. Die Personalservituten (welche regelmässig einen reicheren Inhalt von Befugnissen gewähren) sind um so mehr in Bezug auf ihre Dauer, die Prädialservituten (welche ewig dauern können) sind dafür um so entschiedener in Bezug auf ihren Inhalt eingeschränkt.

I. Die wichtigsten Personalservituten sind:

a) Der ususfructus (Niessbrauch). Er gewährt das höchstens lebenslängliche dingliche Recht auf den vollen Genuss und Fruchtertrag einer fremden Sache. Es steht beim Usufructuar, ob er diesen Genuss und Fruchtertrag in Natur oder in Form eines Geldäquivalents (durch Verkaufen oder Vermiethen der Ausübung des Ususfructus an einen Andern) wahrnehmen will. Nach Beendigung des Niessbrauchs muss die Sache zurückgegeben werden. An res consumtibiles (oben S. 161) ist daher kein ususfructus möglich. Der sog. quasi ususfructus an Consumtibilien (mir ist z. B. im Testament der Niessbrauch an 1000 Flaschen Wein

oder an einem Capital vermacht worden) bedeutet vielmehr Eigenthum an den Consumtibilien, welches ich unter der Verpflichtung erwerbe, nach meinem Tode (d. h. mein Erbe muss zahlen) die gleiche Quantität und Qualität von Consumtibilien zu restituiren. Hier wird also wirthschaftlich das gleiche Resultat wie beim verus ususfructus erreicht, aber die rechtliche Form ist nicht die des ususfructus, sondern die des mit einer Obligation beschwerten Eigenthums. Wie der Niessbraucher, der einen verus ususfructus hat, durch Caution seine Verpflichtung zur Restitution der Sache nach beendigtem Niessbrauch, sowie seine Verpflichtung, etwaige verschuldete Beschädigung der Sache zu ersetzen, sicher stellen muss (sog. cautio usufructuaria), so ist auch der Quasiusufructuar verpflichtet, seine Obligation zur Rückleistung der gleichen Quantität und Qualität durch Caution sicher zu stellen. Durch die Pflicht zur Bestellung dieser cautio usufructuaria wird gerade das Eigenthum des Quasiusufructuars an den erworbenen Consumtibilien dem Niveau der Rechte eines blossen Niessbrauchers angenähert.

b) Der usus gewährt das höchstens lebenslängliche dingliche Recht auf den Genuss und Fruchtertrag einer fremden Sache, soweit derselbe zur Befriedigung der eignen Bedürfnisse des Usuars nothwendig ist. Vermiethen und Verkaufen ist hier also grundsätzlich ausgeschlossen. Der Usuar hat die cautio usuaria zu bestellen, durch welche er (ebenso wie der Usufructuar) Restitution der Sache nach beendigtem Usus, und Sorgfalt in Bezug auf die Benutzung der Sache (ev. Schadensersatz) verspricht.

c) Die habitatio ist das höchstens lebenslängliche dingliche Recht, in einem fremden Hause zu wohnen, jedoch nur nach Art eines Alimentationsberechtigten, d. h. über Art und Ort der Wohnung des habitator im Hause bestimmt der Wille des Hauseigenthümers (während nicht blos der Ususfructus, sondern auch der Usus an einem Hause das Recht geben, Art und Ort der eignen Wohnung im Hause selber zu bestimmen). Der habitator ist jedoch berechtigt, die ihm zugewiesenen Wohnräume nicht selber zu benutzen, sondern an Andre zu vermiethen. Er kann den Vortheil, welcher ihm zum Zweck seines Lebensunterhaltes durch die habitatio gewährt sein soll, also auch in Form eines Geldäquivalents realisiren.

d) Die **operae servorum** bedeuten ein beschränktes Nutzungsrecht an einem fremden Sklaven. Man hat das höchstens lebenslängliche dingliche Recht, die Arbeitskraft eines fremden Sklaven zu benutzen, sei es dadurch, dass man seine Dienste entgegennimmt, sei es dadurch, dass man sie vermiethet. Habitatio und operae servorum (auch die letzteren scheinen der Alimentation des Berechtigten dienen zu sollen) gehen durch capitis deminutio **nicht** verloren.

pr. I. de usufr. (2, 4): Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia.

§ 2 eod.: Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et jumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata; namque ipso usu, assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui: ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque, si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. — Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

§ 1 Inst. de usu et hab. (2, 5): Minus autem juris est in usu, quam in usufructu. Nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis et lignis ad usum quotidianum utatur; in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest, cum is, qui usumfructum habet, possit haec omnia facere.

§ 5 eod.: Sed, si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus; quamquam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

L. 1 pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat (7, 9) (Ulpian.): Si cujus rei ususfructus legatus sit, aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere: **et usurum se boni viri arbitratu, et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit.**

II. Die Prädialservituten sind entweder servitutes praediorum rusticorum (solche Servituten, welche gewöhnlich zu Gunsten von Feldgrundstücken vorkommen), oder servitutes praediorum urbanorum (solche Servituten, welche gewöhnlich zu Gunsten von Gebäuden vorkommen).

a) Die wichtigsten Rusticalservituten sind: die Wegegerechtigkeiten (servitus itineris, actus, viae), die Wasserleitungsgerechtigkeit (servitus aquaeductus), die Wasserschöpfgerechtigkeit (servitus aquae hauriendae).

b) Die wichtigsten Urbanalservituten sind die servitus altius non tollendi (auf dem Nachbargrundstück darf nicht höher gebaut werden), die servitus tigni immittendi (das Recht, den Balken, welcher mein Stockwerk trägt, in die Nachbarmauer zu legen), die servitus oneris ferendi (ich bin berechtigt, meine Mauer auf die Nachbarmauer zu legen), die servitus stillicidii (Recht des Tropfenfalls).

In all diesen Fällen dient das eine Grundstück dem andern. Daher heisst das Grundstück, auf welchem die Servitut ruht, „dienendes Grundstück" (praedium serviens), das Grundstück, welchem die Servitut zu Gute kommt, „herrschendes Grundstück" (praedium dominans). Beide Grundstücke müssen vicina, d. h. so zu einander gelegen sein, dass das eine dem andern nützen könne. Das dienende Grundstück muss durch seine dauernde Beschaffenheit (causa perpetua) dem herrschenden Grundstück den Nutzen bringen, und umgekehrt muss der Nutzen der Servitut nicht blos für diesen Eigenthümer, sondern für jeden Eigenthümer des herrschenden Grundstücks existiren (in diesem Sinne dient die Prädialservitut dem herrschenden Grundstück). Die Form der Prädialservitut ist dann unmöglich, wenn es sich nur um eine Befriedigung von Bedürfnissen des gegenwärtigen Eigenthümers handelt.

III. Das Recht des Servitutberechtigten ist, den Inhalt der Servitut zu realisiren, und zwar in den Fällen der Prädialservitut nach Massgabe des durch die Verhältnisse des Grundstücks bestimmten Bedürfnisses (z. B. bei der Weidegerechtigkeit). Der Eigenthümer der dienenden Sache andererseits ist grundsätzlich nur zum Dulden der gegnerischen Nutzungshandlung (pati, non facere), nicht aber zu positiven Leistungen an den Servi-

tutberechtigten verpflichtet (servitus in faciendo consistere nequit).

pr. I. de serv. praed. (2, 3): Rusticorum praediorum jura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum. Ita, qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest et sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum via in se continet. Aquaeductus est jus aquae ducendae per fundum alienum.

§ 1 eod.: Praediorum urbanorum servitutes sunt hae, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. Item praediorum urbanorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere, ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam, ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiat.

IV. Erwerb der Servituten. Eine echte Servitut (ex jure Quiritium) wird nach römischem Civilrecht nur durch in jure cessio gültig bestellt, also durch Scheinvindication der Servitut mit nachfolgendem Geständniss des Scheinbeklagten und addictio des Prätors zu Gunsten des Scheinklägers. Servitutes praediorum rusticorum (in Italien) galten jedoch für res mancipi, und war daher für die italischen Rusticalservituten neben der in jure cessio auch die Rechtsform des Sacherwerbes, die mancipatio (oben S. 20. 26) zum Zweck der Begründung der Servitut möglich.

Nach prätorischem Recht bedurfte es eines solchen formellen Rechtsgeschäfts nicht; es genügte vielmehr die thatsächliche Einräumung und Ausübung der Servitut (quasi traditio servitutis).

Die civilen Rechtsformen waren für die Bestellung von Servituten an Provinzialgrundstücken ausgeschlossen. Der Provinzialboden war wie dem echten Privateigenthum (vgl. oben S. 173 a. E.), so auch den jura in re im Sinn des Civilrechts entzogen. Die prätorische Errichtungsform war jedoch auch bei Provinzialgrundstücken möglich. Hier pflegte die Einräumung der Servitut durch Vertrag (pactio), andererseits die Besitzergreifung von der Servitut (also die erste Ausübung derselben) dadurch in Form

Rechtens bewirkt und zugleich solennisirt zu werden, dass der, dem die Servität eingeräumt wurde, sich von dem Besteller, dem Inhaber des dienenden Grundstücks, durch Stipulation die Zahlung einer Conventionalstrafe (für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Servitut) formell versprechen liess. Durch dieses feierliche Versprechen der Conventionalstrafe setzte der Besteller den Erwerber sofort in Besitz der Servitut: die Unterwerfung des Verpflichteten unter den Servitutausübungswillen des Andern (das Versprechen der Conventionalstrafe) war bereits die quasi traditio servitutis. Die Servituten wurden hier also bestellt pactionibus et stipulationibus. Diese Form, welche an den Provinzialgrundstücken sich entwickelt hatte, ist im justinianischen Recht die einzige für den Servitutenbestellungsvertrag. In jure cessio und mancipatio der Servitut sind verschwunden. Es ist damit im Wesentlichen schon das Recht gegeben, welches als gemeines Recht in Deutschland recipirt wurde: die Servitut kann durch blossen Vertrag bestellt werden.

Neben dem Vertrag steht als Erwerbsgrund das Testament (Vermächtniss) und die Ersitzung. Die alte usucapio servitutis (in einem Jahr) ist zwar durch die lex Scribonia aufgehoben worden, dafür aber durch prätorisches Recht die longi temporis possessio (vgl. oben S. 173 a. E.) auch auf Servituten angewendet worden: die Servitut wird ersessen durch zehnjährige (inter praesentes) oder zwanzigjährige (inter absentes) Ausübung der Servitut nec vi nec clam nec precario.

Gajus Inst. II § 31: Sed haec scilicet (in jure cessio und mancipatio) in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi aedes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut in jure cessionem recipiunt.

§ 1 I. de usufr. (2, 4): Sine testamento vero, si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.

V. Der Untergang der Servitut tritt ein durch den Tod des Berechtigten (bei der Personalservitut; dem Tode gleich wirkt die capitis deminutio, die Zerstörung der Persönlichkeit durch Rechtshandlung, oben S. 86), durch Confusion (Erwerb des

Eigenthums durch den Servitutberechtigten), durch Verzichtvertrag mit dem Eigenthümer der dienenden Sache, durch non usus, Nichtausübung per longum tempus (10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes). Für die servitutes praediorum urbanorum muss zum non usus (Nichtausübung seitens des berechtigten Grundstücks) die sog. usucapio libertatis (d. h. Realisirung der Freiheit von der Servitut durch positives Vorgehen seitens des dienenden Grundstücks, z. B. durch Höherbauen gegenüber der servitus altius non tollendi) hinzukommen, um die Servitut aufzuheben. Die Personalservituten der habitatio und der operae servorum gehen durch non usus und durch capitis deminutio minima (vgl. oben S. 191) nicht verloren: die Alimentationszwecke, um welche es sich hier handelt, sollen weder durch zeitweilige Nichtausübung, noch durch blosse Aenderung der Familienverhältnisse vereitelt werden.

L. 6 D. de S. P. U. (8, 2) (Gajus): Haec autem jura (praediorum urbanorum) similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnino pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item, si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris. Alioquin, si nihil novi feceris, integrum permanet.

VI. Zum Schutz der Servitut dient die actio confessoria in rem: die Zuständigkeit der Servitut muss vom Kläger behauptet und bewiesen werden. Der Störende wird dann zum Schadensersatz, zur Anerkennung der Servitut und zur Unterlassung fernerer Störung verurtheilt. Die confessoria ist also das Gegenstück zu der negatoria des Eigenthümers (oben S. 180). Mit der negatoria würde der Eigenthümer auftreten, um sich (wie anderer Störungen, so auch) einer angemassten Servitut zu erwehren; mit der confessoria tritt der Servitutberechtigte auf, um dem Eigenthümer oder Dritten gegenüber seine Servitut geltend zu machen und zur thatsächlichen Anerkennung zu bringen.

Es giebt auch eine Publiciana confessoria in rem, entsprechend der Publiciana, welche anstatt der Eigenthumsklage gegeben wird, und zwar, ebenso wie dort, in zwei Fällen: 1) wenn man die Servitut a domino (von dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks), aber in civilrechtlich ungenügender Form, nämlich nicht durch in jure cessio oder mancipatio, sondern durch blosse pactio und quasi traditio erwarb: dieser Fall würde dem oben (S. 166) besprochenen Fall des bonitarischen Eigenthums entsprechen; 2) wenn man die Servitut bona fide a non domino erwarb (man lässt also dahin gestellt, oder kann es nicht beweisen, dass der Besteller der Servitut wirklich Eigenthümer des dienenden Grundstücks war) und dem Erwerbsact die quasi traditio, also der Besitzerwerb an der Servitut durch Ausübung derselben, hinzugekommen ist: dieser Fall entspricht dem Fall des Usucapionsbesitzes, und es hat in diesem Fall wie die Publiciana in rem des Usucapionsbesitzers, so auch die Publiciana confessoria nur relative Kraft gegenüber dem schlechter Berechtigten (vgl. oben S. 181), sie kann also namentlich von dem wahren Eigenthümer des dienenden Grundstücks durch exceptio dominii zurückgewiesen werden.

Für einzelne Servituten giebt es auch einen possessorischen Schutz durch Interdicte, ohne Nachweis des Rechts, nur auf Grund des juristischen Servitutenbesitzes (sog. quasi possessio oder juris possessio), d. h. auf Grund der thatsächlichen Ausübung der Servitut (corpus) mit dem Willen, ein Servitutrecht auszuüben (animus). Solchen possessorischen Schutz haben der Ususfructuar und der Usuar, indem ihnen die Sachbesitzinterdicte (oben S. 184. 185) als utilia gegeben werden, ferner der Wegeberechtigte durch das interdictum de itinere actuque privato (falls er die Servitut an 30 Tagen im letzten Jahr nec vi nec clam nec precario ab adversario ausgeübt hat), der Wasserleitungsberechtigte durch das interdictum de aqua (falls er die Servitut wenigstens einmal innerhalb des letzten Gebrauchsjahrs bona fide ausübte, nec vi nec clam nec precario), der Wasserschöpfberechtigte durch das interdictum de fonte (unter derselben Voraussetzung wie das interd. de aqua).

§ 2 I. de act. (4, 6): Aeque, si agat quis, jus sibi esse, fundo forte vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi,

agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi: in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure praediorum urbanorum; veluti si quis agat, jus sibi esse altius aedes suas tollendi prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini aedes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones; ut, si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi prospiciendive, vel projiciendi immittendive: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. Quod genus actionum in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse.

§ 57.

Die Emphyteuse.

Die Emphyteuse ist die Erbpacht des römischen Rechts: ein Verhältniss, welches zuerst innerhalb der städtischen Verwaltung aufkam, indem Ländereien (praedia rustica) von der Stadtgemeinde gegen einen Jahreszins (vectigal) zu Erbpacht ausgegeben wurden (ager vectigalis); welches dann auch auf die Domänen des Kaisers in Anwendung gebracht wurde, namentlich, wenn es sich um die Urbarmachung noch unbebauter Ländereien handelte (emphyteusis). Den Zweifel der römischen Juristen, ob solche Erbpacht ein Kauf oder vielmehr eine blosse Miethe des Grundstücks sei, erledigte Kaiser Zeno durch die Erklärung, dass hier eine besondere Art von Rechtsgeschäft, nämlich der Erbpachtvertrag (contractus emphyteuticarius), und eine besondere Art von Rechtsverhältniss: das Erbpachtverhältniss, vorliege.

Der Erbpächter hat das Recht der vollen Ausübung des fremden Eigenthums, und steht daher zu dem Grundstück (so lange sein Recht dauert) wirthschaftlich so, als ob er Eigenthümer wäre. Er hat den vollen Fruchtgenuss, überhaupt das Recht auf allen Ertrag der Sache, damit auch das Recht der Meliorirung und Culturveränderung (welches dem Niessbraucher und ebenso dem blossen Zeitpächter versagt ist); die Früchte erwirbt er, wie der Eigenthümer, durch blosse Separation (ohne dass es der Perception, der Besitzergreifung an der Frucht, bedarf). Wie der Eigenthümer hat er rei vindicatio (utilis) und actio negatoria (utilis) und (aus

den Prädialservituten, welche dem fundus emphyteuticarius zustehen) die actio confessoria (utilis). Wie der Eigenthümer hat er ferner, wenn er in thatsächlicher Ausübung seines Rechts sich befindet, auch den possessorischen Schutz durch die Sachbesitzinterdicte (oben S. 184. 185). Sein Besitz des Grundstücks ist an thatsächlicher Energie dem des Eigenthümers gleich. Er hat den unbedingten Willen, die Sache in seinem eigenen Interesse zu haben, wirthschaftlich selber der Eigenthümer zu sein (animus domini).

Andererseits ist der Emphyteuta verpflichtet: 1) jährlich den Zins (canon, vectigal) zu zahlen; 2) das Gut nicht zu deterioriren; 3) dem Herrn eine beabsichtigte Veräusserung des Erbpachtrechts anzuzeigen, damit der Herr eventuell von seinem Vorkaufsrecht (jus protimiseos) Gebrauch machen könne. Versäumt der Erbpächter die Erfüllung dieser Pflichten (unterlässt er z. B. die Zinszahlung drei Jahre hindurch), so hat der Erbverpächter (dominus emphyteuseos) die Befugniss, ihn seines Erbpachtrechtes zu entsetzen (Abmeierungsrecht, Expulsionsrecht).

Den Servituten gegenüber ist die Emphyteuse durch zwei Punkte ausgezeichnet: 1) der Emphyteuta hat grundsätzlich, wie wirthschaftlich, so in der Hauptsache auch rechtlich die Stellung des Eigenthümers, übertrifft daher die Servituten wesentlich an Befugnissen: die Emphyteuse ist bestimmt, das Eigenthum zu ersetzen; 2) die Emphyteuse ist vererblich und veräusserlich.

Von der Zeitpacht unterscheidet die Emphyteuse (Erbpacht) sich dadurch, dass der Zeitpächter ein blosses Forderungsrecht hat gegen den Verpächter, der Erbpächter aber ein dingliches Recht am Grundstück gegenüber Jedermann.

§ 3 I. de loc. et conduct. (3, 25): Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio? Ut ecce, de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur: id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae em-

phyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam.

§ 58.
Die Superficies.

Was die Emphyteuse für Feldgrundstücke, ist die Superficies für Häuser. Die Superficies ist ein dingliches Wohnrecht auf lange Zeit (non ad modicum tempus), gewöhnlich gegen Entrichtung eines Jahreszinses, solarium (also der Miethe vergleichbar), aber auch vielleicht gegen einmalige grössere Capitalzahlung (durch Kauf) oder auch unentgeltlich (durch Schenkung oder Vermächtniss) begründet. Der Superficiar hat gewöhnlich das Haus aus eignen Mitteln gebaut. Das Haus ist dann dem Eigenthum nach (kraft der Rechtssätze über Accession) dem Bodeneigenthümer gehörig (superficies solo cedit); der Superficiar hat aber das dingliche Recht, dauernd oder doch auf eine lange Reihe von Jahren (z. B. 99 Jahre) darin zu wohnen, und alle Rechte des Eigenthümers an dem Hause auszuüben. Daher ist die Rechtsstellung des Superficiars der des Emphyteuta gleich. Auch der Superficiar hat die Klagen des Eigenthümers utiliter, und geniesst possessorischen Schutz durch ein besonderes interdictum de superficie. Er verfügt über Reparaturen und Aenderungen des Hauses (darf nur nicht deterioriren). Er hat Gewalt über das Haus, und hat daher wie die wesentlichen Eigenthumsbefugnisse, so auch den juristischen Besitz des Hauses (corpus und animus), gleich als ob er Eigenthümer wäre.

Ueber den Unterschied der Superficies von den Servituten einerseits, von der Miethe andererseits, gilt das Gleiche, was § 57 a. E. von der Emphyteuse bemerkt ist.

Die rechtliche Anerkennung der Superficies ruht auf prätorischem Recht.

L. 1 pr. D. de sup. (43, 18): Ait praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, vim fieri veto: si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

§ 3 eod. (ULPIAN.): Quod ait praetor: SI ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR CAUSA COGNITA DABO, sic intelligendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

§ 59.
Das Pfandrecht.

Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, sich mittelst einer Sache für eine Forderung bezahlt zu machen.

I. Geschichte. Dem altrömischen Recht war das Pfandrecht unbekannt. Es gab zwar Rechtsgeschäfte, welche wirthschaftlich den Erfolg einer Pfandbestellung (nämlich Sicherung einer Forderung durch eine Sache) hatten, aber kein Rechtsgeschäft, welches formell die Bestellung eines Pfandrechts an einer Sache zum Inhalt gehabt hätte. Wollte Jemand sich Credit schaffen, indem er dem Gläubiger Sicherheit gab für die Forderung, so konnte er

1) dem Gläubiger eine Sache mancipiren, d. h. (durch imaginaria venditio nummo uno, vgl. oben S. 25. 26) dem Gläubiger das Eigenthum an der Sache übertragen, mit der Klausel aber, dass nach Bezahlung der Schuldverbindlichkeit der Gläubiger ihm die Sache zurückgeben müsse. Eine solche Klausel, welche den Mancipationsempfänger unter gewissen Bedingungen zur Rückgabe verpflichtete, nannte man fiducia (oben S. 26). Daher wurde das ganze Geschäft, welches wir soeben beschrieben haben, auch fiducia genannt. Hier war der Gläubiger gut genug gestellt. Er hatte Eigenthum an der Sache, und konnte von Rechts wegen mit ihr thun, was er wollte, sie also auch z. B. zum Zweck seiner Befriedigung verkaufen, wenn der Schuldner nicht bezahlte. Aber der Schuldner war schlecht gestellt. Bezahlte er auch richtig seine Schuld, so war er doch nicht sicher, seine Sache, die er als Sicherheit fortgegeben hatte, zurückzubekommen. Der Gläubiger konnte sie inzwischen veräussert, verschenkt, verkauft, vertauscht haben. Dann blieb der Gläubiger ihm zwar ersatzverpflichtet, aber der Schuldner hatte gegen den dritten Erwerber der Sache keine Klage, da dieser ja rechtmässiger und voller Eigenthümer war. So bekam der Schuldner nur Ersatz der Sache, nicht die Sache

selbst. Was ihm fehlte, war ein dingliches Rückforderungsrecht, welches er gegen jeden dritten Besitzer seiner Sache geltend machen konnte. Der Fehler lag eben darin, dass er das Eigenthum, welches ihm ein solches dingliches Recht gewährt hätte, aufgegeben hatte. Darum kam noch eine andere Form auf, um den Gläubiger für seine Forderung sicher zu stellen. Der Schuldner konnte nämlich auch

2) dem Gläubiger die Sache, welche ihm als Sicherheit dienen sollte, blos tradiren, und zwar nicht, um ihm Eigenthum daran zu gewähren (auch kein bonitarisches Eigenthum), sondern nur, um ihm die Sache in seine thatsächliche Gewalt, und zwar in vollkommene thatsächliche Gewalt (juristischen Besitz) zu übertragen. Ein solches Verhältniss nannte man pignus. Hier war der Schuldner gut genug gestellt. Er behielt hier sein Eigenthum, und desshalb sein dingliches Rückforderungsrecht gegen Jedermann. Sobald er seine Schuld bezahlt hatte, konnte ihm Niemand die Sache mehr vorenthalten. Aber der Gläubiger war hier zu schlecht gestellt. Er hatte die Sache in seinem thatsächlichen Besitz, auch gab ihm der Prätor die possessorischen Interdicte. Aber es fehlte ihm ein dingliches Recht an der Sache, und daher die ordentliche in rem actio gegenüber Dritten. Und vor Allem fehlte ihm das Recht, über die Sache zum Zwecke seiner Befriedigung zu disponiren. Er konnte die Sache nicht verkaufen, falls der Schuldner nicht zahlte, um sich aus dem Erlös zu befriedigen. Liess der Schuldner lieber die Sache beim Gläubiger, als dass er die Schuld bezahlte, so nützte dem Gläubiger das pignus nichts. Es kam also darauf an, eine Form zu finden, welche dem Schuldner das Eigenthum beliess (und ihm damit ein dingliches Rückforderungsrecht gewährte), aber doch dem Gläubiger ein Recht an der Sache gab, das Recht nämlich, die Sache eventuell zum Zweck der Befriedigung seiner Forderung zu verwerthen (eben das Pfandrecht). Dies ist unter Hülfe des prätorischen Edictes geschehen. Es konnte nämlich

3) der Schuldner mit dem Gläubiger den Vertrag schliessen (ohne Mancipation und ohne Tradition), dass gewisse Sachen des Schuldners dem Gläubiger als „Hypothek“, d. h. als eventuelles Befriedigungmittel dienen sollten. Ein solches Verhältniss hiess hypotheca (aus dem griechischen Recht stammt wie der Name

so der Inhalt des Geschäfts). Ein solcher Vertrag war nach altrömischem Recht vollständig ungültig. Der Prätor aber hat ihn gültig gemacht, zunächst für den Fall, dass der Pächter eines Feldgrundstückes dem Verpächter seine Invecten und Illaten (sein Inventar) zur Hypothek gegeben hatte (hier gab der Prätor dem Gläubiger, um sich in Besitz der Sache zu setzen, ein interdictum Salvianum und das ordentliche Rechtsmittel der actio Serviana), dann allgemein, wenn überhaupt Jemand seine Sachen dem Andern zur „Hypothek" gesetzt hatte (actio quasi Serviana oder actio in rem hypothecaria). Der Hypothekenvertrag gab also nach prätorischem Recht dem Gläubiger ein dingliches Klagrecht, um sich (sobald die Zahlung seitens des Schuldners ausblieb) in Besitz der Sache zu setzen; er gab ihm ferner das Verkaufsrecht, d. h. das Recht, sich durch Verwerthung der Sache für seine Forderung zu befriedigen. Der Gläubiger hatte also alle Rechte, die ihm nöthig waren, und ebenso war umgekehrt das Interesse des Schuldners durch sein kraft Eigenthums ihm zuständiges eventuelles dingliches Rückforderungsrecht gewahrt.

Damit war das Pfandrecht entstanden, und war der Hypothekenvertrag jetzt der Vertrag, welcher auch formell die Erzeugung eines Verwerthungsrechts an fremder Sache (eines Pfandrechts) zum Inhalt hatte. Natürlich konnte der Hypothekenvertrag jetzt auch mit Tradition der Sache in den Besitz des Gläubigers sich verbinden (pignus, Faustpfand), aber nothwendig ist es nicht. Relevant für die Entstehung eines Pfandrechts ist nicht die Besitzübertragung als solche, sondern nur der Pfandvertrag (ut res hypothecae sit).

L. 9 § 2 D. de pign. act. (13, 7) (Ulpian): Propie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit, nec possessio, ad creditorem.

L. 5 § 1 D. de pign. (20, 1) (Marcian.): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

II. Rechtssätze. Das Pfandrecht entsteht ordentlicher Weise durch Vertrag (pignus conventionale), oder durch letzwillige Verfügung (pignus testamentarium), ausserordentlicher Weise durch Gesetz, z. B. zu Gunsten der Forderungen des Fiskus an dem ganzen Vermögen des Schuldners, zu Gunsten der Forderung des Vermiethers einer Wohnung an den Invecten und

Illaten des Miethers (pignus tacitum oder legale), oder durch Beschlagnahme der Sachen des Schuldners im Wege gerichtlichen Executionsverfahrens (pignus judiciale). Ein pfandähnliches Verhältniss, nämlich thatsächliches Innehaben (aber blosse Detention, und kein Verkaufsrecht) zum Zweck der Sicherung eines Anspruchs, liegt auch dann vor, wenn der Prätor zum Zweck provisorischer Sicherstellung dem Berechtigten missio in possessionem in die Sachen, an denen er interessirt ist, gewährt hat (sog. pignus praetorium).

Das Pfandrecht berechtigt den Pfandgläubiger: 1) die Sache zu besitzen, und 2) die Sache zum Zweck seiner Befriedigung zu verwerthen (regelmässig durch Verkauf der Sache). Das Besitzrecht (petitorisch durch actio in rem hypothecaria, possessorisch durch die Sachbesitzinterdicte geschützt) hat der Pfandgläubiger sofort, wenn ihm die Sache zu Faustpfand gegeben ist; im Fall blosser Hypothek hat der Pfandgläubiger das Besitzrecht erst, sobald die Geltendmachung seines Verwerthungsrechts nothwendig wird. Das Verwerthungsrecht (Verkaufsrecht) hat der Pfandgläubiger immer erst, wenn die Forderung fällig und der Schuldner trotz Mahnung (oder Verurtheilung) säumig ist. Aus dem Erlös der Sache befriedigt sich der Pfandgläubiger. Den Ueberschuss über den Betrag seiner Forderung (die hyperocha) hat er an den Schuldner zurückzugeben (vgl. unten § 66). Die sog. lex commissoria, d. h. die Verabredung, dass der Pfandgläubiger im Fall der Nichtbefriedigung ipso jure Eigenthümer werden solle, ist (durch ein Gesetz vom Kaiser Constantin) für ungültig erklärt worden. Wohl aber kann im Nothfall (wenn z. B. der Verkauf unthunlich wäre) dem Pfandgläubiger auf seinen Antrag durch das Gericht das Eigenthum an der Sache zu einer bestimmten Taxe zugeschlagen werden (sog. impetratio dominii). Der Ueberschuss der Taxe über die Pfandschuld bildet dann die hyperocha. Ist das Pfand als antichretisches Pfand (antichresis) gegeben, so hat der Pfandgläubiger ausser Besitz- und Verkaufsrecht auch das volle Genuss- und Fruchtziehungsrecht (an Statt der Zinsen der Pfandschuld).

Der Eigenthümer der Pfandsache kann das Eigenthum weiter veräussern (jedoch bleibt natürlich das dem Gläubiger bereits eingeräumte Pfandrecht auch dem neuen Eigenthümer gegenüber

bei Bestand). Ebenso kann der Eigenthümer die bereits verpfändete Sache auch an Andere weiter verpfänden. Auch durch Gesetz können mehrere Pfandrechte nach einander entstehen. Dann ist immer der nachstehende Pfandgläubiger zur Ausübung seines Pfandrechts erst berechtigt, nachdem der vorgehende befriedigt worden ist. Ueber die Priorität entscheidet grundsätzlich die Zeit der Entstehung (prior tempore potior est jure), ein Grundsatz, der jedoch zu Gunsten der sog. privilegirten Pfandrechte (z. B. zu Gunsten der Steuerforderung des Fiskus) vom römischen Recht mit Ausnahmen durchbrochen worden ist.

Ist die Pfandschuld bezahlt, oder der Gläubiger durch Verwerthung (Verkauf) des Pfandes befriedigt worden, so erlischt das Pfandrecht. So lange die Pfandschuld aber nicht voll bezahlt ist, bleibt immer das ganze Pfand für den Restbetrag verhaftet (pignoris causa est individua). Der Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers hebt auch die nachstehenden Pfandrechte auf. Für letztere tritt die hyperocha, welche der vorgehende Pfandgläubiger herauszugeben hat, an die Stelle des Pfandobjects.

§ 1 I. quib. alienare licet (2, 8): Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienare, quia ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed, ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus, per quem pignoris distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abundeque provisum est.

L. 1 C. si antiquior creditor (8, 20) (Alexander): Si vendidit is, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest.

Drittes Kapitel.
Obligationenrecht.

I. Begriff und Inhalt des Forderungsrechts.

§ 60.
Begriff des Forderungsrechts.

Das Forderungsrecht ist das Recht auf eine fremde Handlung von Vermögenswerth. Es richtet sich immer nur gegen eine bestimmte Person, den Schuldner (debitor). Das Eigenthum kann ich gegen jeden Dritten geltend machen, das Forderungsrecht aber aus dem Kaufgeschäft nur gegen den Verkäufer, aus dem Miethvertrag nur gegen den Vermiether u. s. w. Die Forderungsrechte sind blos relativ wirksame Rechte.

Die Obligation, welche sie in der Person des Schuldners hervorbringen, ist keine Subordination. Dadurch unterscheiden sich die Forderungsrechte von den Familienrechten und von den öffentlichen Regierungsrechten, deren Wirkung Subordination ist. Der Schuldner bleibt dem Gläubiger gegenüber frei und ihm ebenbürtig. Er kann durch keine private Zwangshandlung des Gläubigers zur Erfüllung gezwungen werden, sondern nur durch den Staat (auf Klage des Gläubigers).

Weil die Obligation nicht Subordination ist noch sein soll, beschränkt sie sich auf Handlungen von Vermögenswerth. Das gesammte Gebiet persönlichen Handelns soll von der Obligation nicht ergriffen werden können. Der Schuldner wird in letzter Instanz von jeder Obligation frei, wenn er den entsprechenden Theil seines Vermögens aufopfert, um den Gegner zu entschädigen. Die Obligation ist ein Minus nicht in seiner Freiheit, sondern nur in seinem Vermögen.

L. 3 D. de O. et A. (44, 7) (Paulus): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

L. 9 § 2 D. de statu lib. (40, 7) (ULPIAN.): Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

§ 61.

Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

Mehrere Gläubiger können von demselben Schuldner dasselbe zu fordern haben, etwa wenn ausgemacht ist: die Sache, welche mehrere gemeinsam zur Aufbewahrung übergeben haben, soll von jedem Einzelnen zurückgefordert werden können.

Umgekehrt kann ein und derselbe Gläubiger von mehreren Schuldnern dasselbe zu fordern berechtigt sein, etwa wenn Mehrere gemeinsam eine fremde Sache zerstört oder beschädigt haben: der Beschädigte fordert von Jedem den vollen Schadensersatz für dieselbe ganze Sache.

In solchen Fällen spricht man von solidarischen Obligationen. Die solidarische Obligation ist eine Mehrheit von Obligationen mit identischem Gegenstand. Weil der Gegenstand der mehreren Obligationen derselbe ist, wird durch eine Leistung nicht blos die Obligation des Leistenden, sondern auch die Obligation der übrigen Verpflichteten aufgehoben, und ebenso umgekehrt (bei activer Solidarobligation) das Forderungsrecht nicht blos des Empfängers, sondern auch der übrigen Gläubiger.

Ein noch engeres Verhältniss zwischen mehreren Gläubigern, bezw. Schuldnern findet statt bei der sog. Correalobligation. Die Correalobligation bedeutet, dass Mehrere an derselben einen Obligation Antheil nehmen, sei es als Gläubiger (active Correalobligation), sei es als Schuldner (passive Correalobligation). Der Substanz nach ist die Obligation für die mehreren Betheiligten identisch. Dieselbe eine Obligation ist gewissermassen für die mehreren Subjecte vervielfältigt: sie besteht in mehreren Exemplaren. Ein Beispiel für die passive Correalobligation (correi debendi) ist die Verpflichtung des Bürgen (fidejussor) neben dem Hauptschuldner. Die Bürgschaft ist ein Mittel zur Antheilnahme an einer fremden Verbindlichkeit: der Substanz nach besteht nur eine obligatio, aber aus ihr kann nun nicht bloss der Hauptschuldner, sondern auch der Bürge verklagt werden. Ein Beispiel für die active Correalobligation (correi credendi) ist das alternative Ver-

mächtniss (heres meus Maevio aut Titio centum dato): nur ein Vermächtniss liegt vor, und nur eine Vermächtnissforderung, aber zwei Vermächtnissnehmer sind da, beide berechtigt (so lange der Andere nicht zuvorgekommen ist), diese eine Forderung geltend zu machen. Die Correalobligation wird kraft ihrer Natur für alle Betheiligten nicht blos durch Zahlung oder sonstige materielle Befriedigung des Gläubigers, sondern durch jeden Befreiungsgrund (auch rein formaler Natur) aufgehoben, welcher die Substanz der Obligation berührt, z. B. durch acceptilatio oder litis contestatio. Ist dem Bürgen durch acceptilatio (formellen Erlassvertrag, unten § 76) die Schuld erlassen worden, so kann auch vom Hauptschuldner nichts mehr gefordert werden. Hat der eine von jenen zwei Vermächtnissnehmern den Erben verklagt, so wird durch seine litis contestatio (vgl. oben S. 118. 124) das Klagerecht auch für den Andern consumirt. Nur für die passive Correalobligation hat Justinian durch l. 28 C. de fidejussoribus (8, 40) die zerstörende Kraft der litis contestatio aufgehoben, während nach klassischem römischem Recht durch blosse litis contestatio wie die active, so auch die passive Correalobligation aufgehoben wurde, also gegen die übrigen Correalschuldner keine Klage mehr möglich war.

L. 3 § 1 D. de duob. reis (45, 2) (Ulpian.): Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti; hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti; et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est; quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus. Utique enim, cum una sit obligatio, una et summa est; ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur uni, ab altero liberatio contingat.

§ 4 I. de fidej. (3, 21): Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistola Divi Hadriani compellitur creditor, a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatae tempore, partes petere. Ideoque, si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed, si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit, et sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola D. Hadriani et desiderare, ut pro parte in se detur actio.

§ 62.

Inhalt der Obligation.

Das Forderungsrecht geht entweder auf dare, d. h. auf Verschaffung des Eigenthums oder eines civilrechtlichen jus in re (Servitut), oder auf facere (irgend eine andere Handlung). Im ersteren Fall ist der Werth der Obligation sichtbar für das Civilrecht; er deckt sich mit dem Werth des Objects der Leistung (der Sache, bezw. der Servitut): die obligatio dandi ist eine certa obligatio (mit objectiv gegebenem, wahrnehmbarem, begrenztem Werth). Wird dagegen eine andere Leistung geschuldet (z. B. Dienstleistung, Bauen eines Hauses, Restitution einer Sache, welche mir bereits gehört, oder Verschaffung eines civilrechtlich nicht anerkannten Rechts an der Sache, z. B. einer superficies), so ist der Werth der Obligation nicht sichtbar für das Civilrecht; er ist nicht ausgesprochen in dem Werth des Objects der Leistung: die obligatio faciendi ist eine incerta obligatio mit nicht gegebenem, nicht wahrnehmbarem, nicht durch den Inhalt der Beredung fest begrenztem Werth.

Die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums an einer nur alternativ oder nur generell bestimmten Sache ist nicht Verpflichtung direct zur Verschaffung des Eigenthums, sondern zunächst zur Auswahl, und daher keine obligatio dandi, sondern obligatio faciendi, eine incerta obligatio: es ist kein Object da, in welchem der Werth der Verpflichtung gegeben und sichtbar wäre. Dagegen ist die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums an einer Quantität Fungibilien (z. B. 100 Hektoliter Weizen) eine obligatio dandi und obligatio certa: der Werth dieser Leistung ist in jeder Quantität dieser Art sichtbar, und das Auswählen, welches bei der alternativen oder generischen Obligation auf Leistung von Nichtfungibilien den nächsten Gegenstand der Verpflichtung bildet, ist hier unerheblich (tantundem ejusdem generis est idem, vgl. oben S. 162): es besteht hier eine Obligation direct auf Verschaffung von Eigenthum.

§ 63.

Negotia stricti juris und negotia bonae fidei.

Die Contracte sind theils darauf angelegt, eine bestimmte, genau begrenzte, theils darauf angelegt, eine unbestimmte, unbegrenzte und (im Voraus wenigstens) unbegrenzbare Verpflichtung zu erzeugen. Der ersteren Art sind die negotia stricti juris, der zweiten Art die negotia bonae fidei.

Negotia stricti juris sind diejenigen Contracte, welche genau zur Leistung des Versprochenen verpflichten (so z. B. die römische stipulatio, welche dem heutigen Wechsel vergleichbar ist, vgl. unten § 67). Sie werden dem Buchstaben nach ausgelegt. Was nicht versprochen ist, wird auch nicht geschuldet. Die Obligation ist ihrem Inhalt nach berechenbar, bestimmt. Ist das dare einer certa res durch negotium stricti juris zugesagt worden, so besteht im vollen Sinne des Wortes eine certa obligatio: es wird nichts weiter geschuldet, als was zugesagt ist.

Dagegen sind die negotia bonae fidei Contracte, welche nicht zur Leistung des Versprochenen, sondern vielmehr zur Leistung alles dessen verpflichten, was nach Treu und Glauben in solchem Fall gefordert werden kann (was mehr und auch weniger sein kann als das Versprochene). Hier entsteht eine unberechenbare, nach Umständen verschieden sich bestimmende Verpflichtung; die Obligation ist immer eine incerta, wenn auch das ausdrücklich gegebene Versprechen direct auf dare einer certa res lautete (z. B. beim Tausch). Es wird stets geschuldet: quidquid dare facere oportet ex bona fide (vgl. S. 134).

Die negotia bonae fidei (z. B. Kauf, Tausch, Miethe, Societät) verpflichten, ohne Rücksicht darauf, ob dergleichen ausdrücklich zugesagt wurde oder nicht:

1) zur Sorgfalt (diligentia), und zwar regelmässig zu omnis (oder summa) diligentia, oder, wie es auch heisst, zur diligentia diligentis (oder, was dasselbe ist, diligentissimi) patrisfamilias, d. h. zu der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes. Wird die Sorgfalt versäumt (sog. culpa levis), so muss dem Anderen dafür Schadensersatz geleistet werden. Nur ausnahmsweise wird lediglich für absichtliche, böswillige Beschädigung (dolus) und für jedes

die Absicht nothwendig in sich schliessende grobe Verschulden (culpa lata) gehaftet. Die einzelnen Fälle dieser Art werden unten in der Lehre von den einzelnen Contracten namhaft gemacht werden.

2) zu vollem Schadensersatz für den Fall der versäumten oder der ungenügenden, oder der gar nicht erbrachten Leistung. Der Schuldner hat das quanti ea res est, d. h. allen direct durch verschuldetes Unterbleiben oder verschuldete Mangelhaftigkeit der Leistung dem Gläubiger zugefügten Schaden (das sog. Interesse) zu ersetzen. Im Fall des Verzuges (mora) schuldet er das Verzugsinteresse (Verzugszinsen). Anders bei den negotia stricti juris, oben S. 137. 138.

Für Zufall (casus) hat der Schuldner dagegen nicht zu haften (casus a nemine praestatur). Zufall im Sinne des Contractsrechts ist Alles, was ohne Verschulden des Schuldners sich ereignet. So kann ihm durch Zufall die Leistung unmöglich gemacht werden (z. B. die zu leistende Waare geht unter), und wird er dann befreit. Nur der Schuldner, welcher in mora solvendi ist, soll zur Strafe auch für casus einstehen, d. h. durch casus nicht befreit werden, sondern das Interesse leisten.

II. Entstehung der Forderungsrechte.

§ 64.

Contracte und Delicte.

Die Obligation entsteht entweder durch Consenserklärung (Contract), d. h. kraft des Willens des Schuldners, oder durch Rechtswidrigkeit (Delict), d. h. gegen den Willen des Schuldners.

Neben den Contractsobligationen stehen die Fälle der obligationes quasi ex contractu, welche aus contractsähnlichen Thatbeständen, — neben den Delictsobligationen stehen die Fälle der obligationes quasi ex delicto, welche aus delictsähnlichen Thatbeständen hervorgehen.

A. Contractsobligationen.

§ 65.

Einleitung.

Das römische Recht hat zu allen Zeiten daran festgehalten, dass nicht jedes Schuldversprechen rechtlich gültig und klagbar sei, dass vielmehr ein bestimmter Rechtsgrund (causa civilis) hinzukommen müsse, um das Versprechen für das Recht gültig und klagbar zu machen. Daher der engere Begriff des Ausdrucks contractus im römischen Sinn. Contract ist nicht jede obligatorische Consenserklärung, sondern nur die kraft Civilrechts klagbare obligatorische Consenserklärung.

Die Klagbarkeit des Schuldversprechens kann nach Civilrecht begründet werden entweder re, d. h. dadurch, dass zu dem obligatorischen Consens eine Leistung hinzutritt, auf Grund deren nun die Gegenleistung gefordert wird (Realcontracte, unten § 66), oder verbis, d. h. dadurch, dass der obligatorische Consens in bestimmter Wortform, nämlich in Frage- und Antwortform, erklärt wird (Verbalcontract, unten § 67), oder litteris, d. h. dadurch, dass der obligatorische Consens durch Eintragung in das Hausbuch verlautbart wird (Litteralcontract, unten § 68). Oder endlich: ausnahmsweise kann der obligatorische Consens auch ohne weitere Voraussetzung klagbar sein (sog. Consensualcontracte, unten § 69).

Aus dem Gesagten ergeben sich die vier Arten der Contracte, welche das römische Contractssystem ausmachen.

Die älteste Zeit war nicht so reich an Contractsformen gewesen.

Im altrömischen Recht steht im Vordergrund das nexum, d. h. das solenne Darlehen, welches per aes et libram, vor fünf Zeugen, unter Zuziehung eines libripens mit feierlichen Worten (damnas esto dare) gegeben wurde (oben S. 21). Der Darlehnsschuldner galt dann als bereits durch richterliches Urtheil zur Rückzahlung der Darlehnsschuld verpflichtet. Gegen ihn konnte sofort das Executionsverfahren durch manus injectio (vgl. oben S. 114) eröffnet und er vom Gläubiger (wenn Niemand

14*

auftrat, um den Schuldner in libertatem zu vindiciren) in die Schuldknechtschaft abgeführt werden. Um dieser strengen Execution willen erhielt sich das nexum auch noch, nachdem das geprägte Geld eingeführt und also dem durch den libripens zugewogenen Stück aes der Geldwerth genommen war. Die reelle Darlehnszahlung lag jetzt ausserhalb des nexum, aber die Form des nexum gab dem gegebenen Darlehn die volle Executivkraft des alten Rechts. Als dann durch eine lex Vallia dem nexum die strenge Wirkung der Personalhaft genommen war, kam dasselbe ausser Uebung. Es blieb allein das formlose Darlehn (mutuum) übrig, dem direct die Klagbarkeit zuerkannt wurde, — ein Realcontract im Styl des sich entwickelnden neuen Rechts (jus gentium), nur noch darin alte Erinnerungen bewahrend, dass er als negotium stricti juris behandelt wurde: der Darlehnsschuldner war als solcher nur genau zur Rückzahlung der empfangenen Summe verpflichtet, nie zu mehr (also z. B. nie zur Zinszahlung, vgl. unten § 67), nie zu weniger.

Neben dem nexum kam als andere Contractsform, mit ganz anderen Zwecken, die mancipatio fiduciae causa auf, die solenne Eigenthumsübertragung nummo uno mit Verpflichtung zur Rückübertragung des Eigenthums durch remancipatio. Aus der fiducia ging die actio fiduciae, eine actio bonae fidei, hervor (oben S. 27). Wie die mancipatio fiduciae causa den Pfandcontract (oben S. 200), so konnte sie auch das Depositum (dem Freund ward die Sache fiduciae causa mancipirt), das Commodat, überhaupt alle solche Contracte ersetzen, wo eine Sache hingegeben werden sollte unter Vorbehalt der Pflicht zur Rückgabe (z. B. Mandat, Miethe). In all diesen Fällen war nur das unbequem, dass der Empfänger, welcher dem wirthschaftlichen Erfolg nach nicht Eigenthümer, sondern nur Pfandgläubiger oder Depositar oder Commodatar u. s. w. sein sollte, doch durch die mancipatio formell zum Eigenthümer gemacht werden musste. In Folge dessen hatte der Hingebende immer nur ein persönliches Rückforderungsrecht gegen den ersten Empfänger oder dessen Erben (ein blosses Forderungsrecht), denn das Eigenthum hatte er ja durch Mancipation aufgegeben. Wie nun anstatt der mancipatio zu Pfandzwecken später direct die blosse Bestellung eines Pfandrechts als gültig anerkannt ward, so ward auch die blosse Hingabe (ohne Mancipation,

also ohne Eigenthumsübertragung) für genügend gehalten, um ein Forderungsrecht auf Rückgabe (des Commodats, des Depositums) zu erzeugen. An Stelle der mancipatio fiduciae causa trat eine Reihe von Realcontracten (Commodat, Depositum, pignus), welche alle ihr ursprüngliches Wesen darin beibehalten haben, dass sie bonae fidei negotia sind.

Nexum und mancipatio fiduciae causa waren der Urquell der Realcontracte. Neben denselben kam (vielleicht zunächst unter der Fiction eines Darlehns) ein feierliches Versprechen (sponsio) auf, welches durch seine Wortform obligirte. Daraus ist dann, indem man von dem genauen Formular der alten Zeit abging und nicht blos durch das Wort spondeo, sondern ebenso durch promitto und ähnliche Wendungen eine gültige Verbindlichkeit entstehen liess, der Verbalcontract des römischen Rechts, die stipulatio, hervorgegangen.

Der Litteralcontract ist offensichtlich im Anschluss an das Darlehn verhältnissmässig früh ausgebildet. Die Eintragung in das Hausbuch, dass dem Gegner eine Summe ausgezahlt sei (expensilatio), ursprünglich nur dem Beweise dienend, ward zu einem selbständig wirksamen Verpflichtungsact. Wie mutuum und stipulatio, so erzeugt auch die expensilatio eine obligatio stricti juris: das Darlehn (nexum) erscheint als der Urquell der negotia stricti juris, wie die fiducia als der Ursprung der negotia bonae fidei.

Das Aufkommen der sog. Consensualcontracte, d. h. der Ausnahmsfälle, wo der blosse Consens zur Verpflichtung genügt, hängt mit dem siegreichen Vordringen des jus gentium zusammen (oben S. 28 ff.). Das formlose Rechtsgeschäft fing naturgemäss zuerst auf dem Gebiet des Obligationenrechts an, die ihm einwohnende Naturkraft geltend zu machen. Gegen Ende der Republik war für die wichtigsten Geschäfte des alltäglichen Verkehrs: Kauf, Miethe, Societät, Mandat ihre Gültigkeit ohne Rücksicht auf die Form bereits zum Durchbruch gekommen.

§ 2 I. de oblig. (3, 13): Aut enim ex contractu sunt (obligationes), aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Harum aeque quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu.

Varro de ling. lat. VII § 105: Nexum Mamilius scribit, omne, quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per libram et aes fiant, ut obligentur, praeter, quae mancipio dentur.

XII tab. VI, 1: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

Gaj. Inst. IV § 25: Postea lege Vallia, excepto judicato et eo, pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus injectionem agebatur, permissum est, sibi manum depellere.

§ 66.

Realcontracte.

Realcontracte sind diejenigen Contracte, welche auf Grund einer Vorleistung (res) klagbar sind (vgl. § 65).

Das römische Recht unterscheidet zwei Arten von Realcontracten: benannte (Nominatrealcontracte), und unbenannte (Innominatrealcontracte).

I. Benannte Realcontracte sind:

a) Das mutuum (Darlehn). Es kommt zu Stande durch Uebertragung einer Quantität von Fungibilien (oben S. 161) zu Eigenthum, unter der Verpflichtung des Empfängers, die gleiche Quantität gleicher Qualität zurückzuzahlen. Das Darlehn ist ein negotium stricti juris, die Darlehnsklage die condictio certi ex mutuo. Der Schuldner wird durch das Darlehn nur genau zur Rückgabe der Kapitalschuld, nicht zu mehr oder weniger, insbesondere nicht zur Leistung von Zinsen verpflichtet. Er schuldet weder Verzugszinsen (falls der Schuldner trotz Mahnung des Gläubigers nicht rechtzeitig zahlt), noch vereinbarte Zinsen. Soll der Darlehnsschuldner auch Zinsen schuldig werden, so muss ausser dem Darlehnscontract noch ein zweiter Contract, nämlich ein Verbalcontract (die Zinsstipulation, vgl. unten S. 218) geschlossen werden.

Das Darlehn an Hauskinder ward durch ein Senatusconsultum Macedonianum verboten. Der Prätor gab in solchem Fall gegen die Darlehnsklage die exceptio Senatusconsulti Macedoniani (vgl. S. 143).

b) Das commodatum (Leihvertrag) kommt zu

Stande durch die Hingabe einer Sache zu bestimmtem, unentgeltlichem Gebrauch. Das Commodat ist ein negotium bonae fidei. Beide Theile sind zu Allem verpflichtet, was die bona fides mit sich bringt: principaliter und auf alle Fälle schuldet der Commodatar, d. h. der Leihempfänger, nämlich die Rückgabe der Sache (gegen ihn geht daher die actio commodati directa). Nur unter Umständen und daher nicht auf alle Fälle schuldet auch der Commodant, der Verleiher (gegen ihn geht die actio commodati contraria). Auch ist verschieden, was die bona fides von dem Einem und von dem Andern fordert. Der Commodatar ist an dem Contract interessirt. Er hat den Nutzen von dem Geschäft. Daher haftet der Commodatar, auch ohne es versprochen zu haben, für omnis diligentia (culpa levis, vgl. oben S. 209 a. E.). Der Commodant dagegen ist an dem Contract nicht interessirt. Er hat nichts von dem Geschäft. Daher haftet er nur für dolus und culpa lata (oben S. 210).

c) Das depositum (Hinterlegungsvertrag) kommt zu Stande durch die Hingabe einer beweglichen Sache zu unentgeltlicher Aufbewahrung. Das depositum ist ein negotium bonae fidei. Beide Theile sind zu Allem verpflichtet, was die bona fides mit sich bringt: principaliter und auf alle Fälle haftet der Depositar, der Empfänger des Depositums, nämlich für die Rückgabe der Sache (gegen ihn geht die actio depositi directa). Nur unter Umständen und daher nicht auf alle Fälle haftet der Deponent, der Hinterlegende (gegen ihn geht die actio depositi contraria). Auch hier ist verschieden, was die bona fides von dem Einen und von dem Andern fordert. Der Depositar ist an dem Contract nicht interessirt. Er hat nichts von dem Geschäft. Er haftet in Folge dessen nur für dolus und culpa lata. Der Deponent dagegen ist allerdings interessirt an dem Geschäft. Seinem Nutzen dient das Depositum. Darum haftet der Deponent dem Depositar für omnis diligentia (culpa levis).

d) Das pignus (Faustpfandcontract) kommt zu Stande durch Hingabe einer Sache zu Faustpfand. Der Gläubiger erwirbt an der Sache das dingliche Pfandrecht; insofern ist früher (§ 59) von dem pignus die Rede gewesen. Aber ausserdem erwirbt der Schuldner (der Verpfänder) durch Hingabe der Sache ein persönliches Forderungsrecht gegen den Empfänger, nämlich

auf eventuelle Rückgabe. Insofern handelt es sich um einen Pfandcontract, und in diesem Sinne ist hier von dem pignus die Rede. Auch das pignus ist ein negotium bonae fidei. Es verpflichtet beide Theile zu Allem, was die bona fides mit sich bringt. Principaliter schuldet der Pfandempfänger, nämlich die Rückgabe der Sache, sobald die Pfandschuld getilgt ist, eventuell die Rückgabe des erlösten Ueberschusses (hyperocha, oben S. 203); gegen ihn geht die actio pignoratitia directa. Nur unter Umständen haftet auch der Pfandgeber (z. B. für Ersatz von Auslagen); gegen ihn geht die actio pignoratitia contraria. In diesem Fall sind am Contract beide Theile interessirt, der eine hat den Credit, der andere die Sicherheit. Deshalb haften hier beide Theile für omnis diligentia.

II. Ausser den vorhin aufgeführten Realcontracten sind späterhin noch die sog. unbenannten Realcontracte klagbar geworden. Es fand nämlich der Grundsatz Anwendung, dass überall, wo Leistung gegen Gegenleistung vereinbart war, die Gegenleistung in dem Moment einklagbar werden solle, wo der andere Theil seine Leistung bereits gemacht hatte. Dann ward also geklagt nicht auf Grund des Consenses als solchen, sondern auf Grund der Thatsache, dass zu dem Consens eine Leistung (res) hinzugetreten war, also auf Grund eines Realcontracts. Weil aber Leistung und Gegenleistung der verschiedensten Art sein konnte, entwickelte sich kein fester Name, welcher alle Fälle zusammengefasst hätte. Daher sprechen wir von unbenannten Realcontracten.

Unter diesem Gesichtspunkt und in dieser Form ward der Tausch (das Wort im weitesten Sinne genommen) bei den Römern klagbar. Man pflegte, je nach der Art von Leistung und Gegenleistung, vier Kategorien zu unterscheiden, welche durch die vier Formeln ausgedrückt werden: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Die Klage auf die Gegenleistung (auf Grund der geschehenen Vorleistung) heisst: actio in factum praescriptis verbis.

pr. I. quib. mod. re contrahitur obl. (3, 14): Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. Mutui autem datio in his rebus consistit, quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut

numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis reddantur. Unde etiam mutuum appellatum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio.

§ 2 eod.: Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat. Namque non ita res datur, ut ejus fiat; et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu: nihilo minus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior potuerit eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non hujus culpa is casus intervenerit. — Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est. Alioquin, mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

§ 3 eod.: Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae atque negligentiae, non tenetur.

§ 4 eod.: Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed, quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet; quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

L. 5 pr. D. de praescr. verb. (19, 5) (Paulus): Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi. Convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum. Ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus: aut enim do tibi, ut des; aut do, ut facias; aut facio, ut des; aut facio, ut facias.

§ 67.

Der Verbalcontract.

Der römische Verbalcontract ist die Stipulation. Er kommt verbis, d. h. durch bestimmte Wortform zu Stande, nämlich durch die Frage- und Antwortform. Der Gläubiger fragt den Schuldner: spondesne mihi centum dare? Der Schuldner antwortet: spondeo. Statt spondesne kann es auch heissen: promittisne oder ähnlich. Es genügt und ist nothwendig, dass der obligatorische Consens durch Frage des Gläubigers und entsprechende Bejahung des Schuldners constatirt werde. Dann ist um dieser Wortform willen der Contract gültig und klagbar, mag der Schuldner etwas bekommen haben oder nicht. Der Gläubiger braucht weiter nichts nachzuweisen, als die abgeschlossene Stipulation; die verba sind es, welche den Schuldner obligiren.

Mit diesem Wesen der Stipulation hängt es zusammen, dass die Stipulation eine zweifache Function hat. Sie dient 1) der Begründung einer Schuld; 2) der Verwandlung einer Schuld.

I. Der Begründung einer Schuld dient die Stipulation, insoferne sie das formlose Versprechen formalisirt. Das formlose Versprechen ist nach römischem Contractsrecht (oben S. 211) als solches klaglos. Das Versprechen wird klagbar, sobald es in die Form der Stipulation gekleidet ist. Durch das Mittel der Stipulation kann jedes Versprechen zum Range eines Contracts erhoben werden. Beispiele dieser Art sind die Zinsstipulation, die Stipulation einer Conventionalstrafe, die Bürgschaft.

1) Die Zinsstipulation. Das formlose Zinsversprechen des Darlehnsschuldners ist unklagbar (oben § 66). Soll bei Empfang eines Darlehns ein gültiges Zinsversprechen gegeben werden, so bedarf es neben dem Realcontract (mutuum) eines zweiten Contracts: des Verbalcontracts der Stipulation. Der Gläubiger fragt den Schuldner: zahlst Du mir monatlich so und so viel Zins? Der Schuldner bejaht die Frage. Dann ist der Schuldner zwar nicht re (denn aus dem Darlehnscontract kann er keine Zinsen schuldig werden), aber verbis zur Zahlung der Zinsen klagbar obligirt. Bei den Römern war es üblich, den Zins für den Monat zu berechnen (dass der Zins monatlich bezahlt ward,

ist damit nicht gesagt). So sind centesimae usurae (1 % monatlich) 12 % jährlich; semisses usurae (1/2 % monatlich) 6 % jährlich; trientes usurae (1/3 % monatlich) 4 % jährlich; besses usurae (2/3 % monatlich) 8 % jährlich. Die Zinsstipulation darf ein gewisses Mass nicht überschreiten. Die zwölf Tafeln setzten als Maximum das foenus unciarium (1/12 des Capitals); dann ward das foenus semunciarium (1/24 des Capitals) als Grenze angesetzt. Seit Ende der Republik wurden die centesimae usurae als gesetzliches Maximum üblich. Justinian hat dann (von einer Ausnahme abgesehen) den höchsten zulässigen Zinsfuss auf semisses usurae angesetzt. Von Zinsen können nicht wieder Zinsen geschuldet werden (Verbot des Anatocismus). Soweit die Zinsstipulation das Zinsmass überschreitet, ist sie nichtig. Rückständige Zinsen können nur bis zum Betrage der Hauptschuld (also nicht ultra alterum tantum) eingeklagt werden.

2) Die Stipulation einer Conventionalstrafe war im römischen Rechtsleben von grosser praktischer Bedeutung. Sie trat überall da ein, wo eine directe Berechtigung von Civilrechtswegen nicht begründet werden konnte, und doch das Bedürfniss nach einer rechtlich sicher gestellten Befugniss vorlag [1]).

3) Die Bürgschaft (fidejussio) ist der Contract, durch welchen man sich verpflichtet, aus einer fremden Verbindlichkeit haften zu wollen, als ob es eine eigne Verbindlichkeit wäre. Auch hier wäre ein formloses Versprechen dieser Art nach Civilrecht ungültig gewesen. Man gebrauchte daher die Form der Stipulation: centum, quae Titius mihi debet, eadem fide tua esse jubes? Fide mea esse jubeo. Durch solche fidejussio wird der Bürge Correalschuldner (vgl. § 61) neben dem Hauptschuldner. Er hat aber die exceptio excussionis (das Recht, zu verlangen, dass der präsente und solvente Hauptschuldner zuerst ausgeklagt werde), und, nach einer epistola divi Hadriani, die exceptio divisionis (das Recht, zu verlangen, dass der Gläubiger seine Forderung auf die präsenten und solventen Bürgen vertheile).

Die Bürgschaft ist eine Art der Intercession, d. h. der Verpflichtung im fremden Interesse. Der Intercessionsbegriff ist dadurch wichtig, dass den Frauen nicht blos die Verbürgung,

1) Ein Beispiel oben S. 194.

sondern überhaupt die Intercession, also z. B. auch die Befreiung des Schuldners durch Novationsstipulation (s. unter II), die Pfandbestellung, die Aufnahme eines Darlehns im Interesse eines Andern, durch Senatusconsultum Vellejanum (46 n. Chr.) verboten worden ist. Die Frau, welche aus dem Intercessionsgeschäft (Bürgschaft u. s. w.) verklagt wird, hat die exceptio Senatusconsulti Vellejani (vgl. S. 143).

II. Der Verwandlung (Novation) einer Schuld dient die Stipulation, wenn bereits ein vollgültiger, klagbarer Contract vorliegt, aber doch ein Interesse vorhanden ist, durch Stipulation ein neues Schuldverhältniss zu begründen. Dies Interesse kann in einem beabsichtigten Personenwechsel für die Schuld, es kann auch ohne die Absicht eines Personenwechsels gegeben sein. In beiden Fällen spricht man von „Novation", Erneuerung, Verwandlung der Schuldverbindlichkeit.

1) Die Novation kann einen Personenwechsel herbeiführen: es soll ein anderer Gläubiger, oder es soll ein anderer Schuldner eintreten. Jemand will z. B. für einen Andern zahlen, und der Gläubiger ist bereit, diesen Anderen als seinen Schuldner zu acceptiren. Dann kann der Schuldner, selbst ohne dass er es weiss, durch das Stipulationsversprechen (sog. expromissio) jenes Dritten von seiner Schuld befreit werden. Die Novationsstipulation hat die Schuld verwandelt: an die Stelle der Darlehnsschuld des A ist jetzt die Stipulationsschuld des B getreten. Gewöhnlich wird der bisherige Schuldner selber bei solchem Rechtsgeschäft betheiligt sein. Er wird etwa Jemanden, der seinerseits ihm schuldig ist, anweisen (delegiren), dem Gläubiger durch Stipulation zu versprechen. Umgekehrt kann die Person des Gläubigers wechseln, also die Stipulation zu Gunsten eines neu eintretenden Dritten lauten. Dann ist immer Anweisung (Delegation) seitens des bisherigen Gläubigers nöthig, damit durch die neue Stipulation die alte Schuld aufgehoben werde. Die Delegation ist die Anweisung zu einer Stipulation mit Personenwechsel.

2) Aber auch ohne Personenwechsel kann die Novationsstipulation einem bestimmten Interesse der Parteien zu dienen bestimmt sein. Es liegt vor eine Schuld aus dem Kaufcontract. Der Kauf ist vollgültig und klagbar. Aber wenn der

Gläubiger aus dem Kauf klagt, muss er unter Umständen auf das ganze Thatsächliche des Kaufvertragsabschlusses, auf die schon erbrachte fehlerfreie Leistung u. s. w. zurückkommen. Da ist es viel einfacher, zur Stipulation zu greifen. Nachdem das ganze Kaufverhältniss abgewickelt und beide Theile darüber einig sind, dass nun genau der Kaufpreis von 100 geschuldet wird, fragt der Verkäufer den Käufer: centum mihi dare spondes? — spondeo. Dann ist der Käufer durch Verbalcontract 100 schuldig geworden. Der Gläubiger braucht nur die Stipulation zu behaupten und zu beweisen. Anstatt eines concreten, complicirten, allerlei Einwendungen ausgesetzten, hat er jetzt einen einfachen, unzweideutigen Thatbestand: das abstracte Zahlungsversprechen des Stipulationscontracts. Die Stipulation dient hier nicht dazu, den Consens überhaupt klagbar, aber wohl, ihn in anderer Weise, und zwar in leichterer Weise, klagbar zu machen. Die Novationsstipulation hat die Kraft, die concrete Schuldverbindlichkeit in eine abstracte zu verwandeln. Dies kann geschehen, wie unter 1) gezeigt ist, indem zugleich ein Personenwechsel in Bezug auf das Schuldverhältniss herbeigeführt wird. Aber es bedarf für die Novation des Personenwechsels nicht. Das blosse Interesse an der Veränderung des Klaggrundes ist genug, um die Novationsstipulation zu veranlassen und zu ermöglichen.

III. Die Stipulation ist ein negotium stricti juris, ein streng einseitig obligatorischer Contract. Es wird genau das Versprochene geschuldet, nicht mehr, nicht weniger. Es wird (wenn es nicht ausdrücklich zugesagt war) keine diligentia, keine Verzugszinsen, überhaupt kein Schadensersatz für irgend ein Interesse, sondern lediglich und genau das Versprochene geschuldet.

Die Klage aus der stipulatio ist eine condictio: die condictio certi, wenn das dare eine certa pecunia, die condictio triticaria, wenn das dare einer anderen certa res, die condictio incerti, wenn ein facere (vgl. oben § 62) durch Stipulation versprochen war.

IV. Adstipulator ist, wer sich im Interesse des Gläubigers durch Stipulation mit versprechen lässt. Er wird Gläubiger (Correalgläubiger) neben dem eigentlichen Gläubiger, und hat formell alle Rechte eines Gläubigers, ist aber verpflichtet, diese Rechte nicht zu missbrauchen (vgl. unten S. 240 Note 2), vielmehr das etwa Empfangene dem eigentlichen Gläubiger (oder dessen Erben)

herauszugeben. Das Recht des adstipulator geht durch seinen Tod unter, und wird dem Gewalthaber desselben nicht erworben: die adstipulatio des servus ist deshalb ungültig, und die adstipulatio des filiusfamilias ist nur für den Fall wirksam, dass derselbe ohne capitis deminutio (oben § 24) von der väterlichen Gewalt frei wird. Die adstipulatio wird z. B. gebraucht, um am dritten Ort einen Mann zu haben, welcher unter Umständen selbständig gegen den Schuldner klagend vorgehen kann. Oder sie wird gebraucht, um das im vorjustinianischen Recht bestehende Verbot der stipulatio post mortem (erst nach dem Tode des Stipulanten. also erst an seine Erben soll geleistet werden) zu umgehen: der adstipulator liess sich versprechen, dass ihm nach dem Tode des Andern geleistet werden solle. Solche Stipulation war vollgültig. Lebte dann der adstipulator noch im Momente, wo der eigentliche Destinatär der Leistung starb, so klagte der adstipulator die Summe ein und überantwortete sie den Erben des Verstorbenen. In allen Fällen war der adstipulator formell (dem Schuldner gegenüber) Gläubiger, materiell aber (dem eigentlichen Gläubiger gegenüber) blosser Mandatar.

Adpromissor ist, wer im Interesse des Schuldners durch Stipulation mit verspricht. Der Hauptfall der adpromissio ist die vorhin besprochene fidejussio. Wie durch adstipulatio eine active, so kommt durch adpromissio eine passive Correalobligation zu Stande.

pr. I. de verb. obl. (3, 15): Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulamur. Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. Quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.

§ 1 eod.: In hac re olim talia verba tradita fuerunt: spondes? spondeo. — promittis? promitto. — fidepromittis? fidepromitto. — fidejubes? fidejubeo. — dabis? dabo. — facies? faciam. Utrum autem latina, an graeca, vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum hujus linguae habeat. Nec necesse est, eadem lingua utrumque uti, sed sufficit, congruenter ad interrogatum respondere; quin etiam duo Graeci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec sollemnia verba olim quidem

in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quae, sollemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

§ 13 I. de inut. stip. (3, 19): Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis, quam post mortem ejus, a quo stipulabatur. — Sed, cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut sive post mortem, sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

Gaj. Inst. III § 110: Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipuletur, quem vulgo adstipulatorem vocamus. — § 117. Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur: [quod] stipulando nihil agimus. Adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati judicio heredi meo tenetur.

§ 68.
Der Litteralcontract.

Die Eintragung eines Schuldverhältnisses in die Hausbücher (codices accepti et expensi) diente sicher ursprünglich nur dem Beweis. Aus dem Beweisgrund ist aber ein Verpflichtungsgrund geworden. Die expensilatio des Gläubigers (Eintragung einer Summe als von dem Anderen zu fordern) verpflichtet (den Consens beider Theile vorausgesetzt) um der litterae willen den Schuldner zur Bezahlung. Damit entstand der Litteralcontract. Er konnte dienen 1) zur Begründung einer Schuld; 2) zur Verwandlung einer Schuld (Novation). Im letzten Fall hiess das nomen (der Posten im Hausbuch) ein nomen transscripticium. Das nomen transscripticium konnte wiederum dienen 1) dem Personenwechsel (transscriptio a persona in personam), oder 2) nur dem Wechsel des Schuldgrundes (transscriptio a re in personam). Alles wie bei der Stipulation. Auch der Litteralcontract begründete eine streng einseitige obligatio stricti juris. Die Klage war auch hier die condictio. Im Lauf der Kaiserzeit kam der Litteralcontract ausser Gebrauch, und blieb die Stipulation die einzige Form, sowohl für die Novation wie für die Klagbarmachung eines sonst klaglosen Consenses.

Den Gegensatz des Litteralcontracts bildet das nomen arca-

rium, welches letzteres lediglich die Eintragung eines obligatorischen Thatbestandes (z. B. der geschehenen Darlehnszahlung) enthält, und desshalb lediglich Beweiskraft, keine Verpflichtungskraft hat, während die expensilatio (der Litteralcontract) die Eintragung einer obligatorischen Verpflichtung, d. h. die Eintragung eines Schuldverhältnisses ohne Angabe des Schuldgrundes, also die Eintragung einer abstracten Schuld bedeutet.

Gaj. Inst. III § 128: Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis. Fit autem nomen transscripticium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. § 129. A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod ex emtionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. § 130. A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

§ 131 eod.: Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur; in his enim rei, non literarum obligatio consistit; quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem. Qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

§ 69.
Die Consensualcontracte.

In einzelnen Fällen ist nach römischem Civilrecht ausnahmsweise der blosse obligatorische Consens klagbar. Hier gilt also der Satz: consensu contrahitur. Vier solche Consensualcontracte hat das römische Civilrecht anerkannt: Kauf, Miethe, Societät, Mandat.

1) Der Kauf (emtio venditio) ist der Contract, durch welchen sich der Eine zur Leistung einer Waare, der Andere zur Zahlung eines Preises verpflichtet. Der Contract ist gültig in dem Moment, in welchem beide Theile über Waare und Preis sich geeinigt haben: es bedarf weder einer Form, noch einer Leistung von einer Seite: dadurch unterscheidet der Kauf sich vom Tausch (oben S. 216). Der Kauf ist ein negotium bonae fidei: beide Theile haften nicht blos für das ausdrücklich Versprochene, sondern für Alles, was die bona fides mit sich bringt. Der Käufer also nicht blos für Zahlung des Preises, sondern auch für Verzugs-

zinsen, überhaupt für allen Schaden, welcher dem Verkäufer durch vertragswidrige Versäumung der Zahlung erwächst. Der Verkäufer haftet nicht blos für Leistung der Waare (rem tradere), sondern auch für Eviction (rem habere licere), d. h. für Schadensersatz, falls Verkäufer nicht Eigenthümer, oder überhaupt nicht voll an der Sache berechtigt war und nun dem Käufer durch den dritten Berechtigten die Sache abgestritten wird. Ferner haftet der Verkäufer für omnis diligentia in Bezug auf die Waare und für heimliche Mängel (mochten sie ihm selbst bekannt sein oder nicht). Wegen heimlicher Mängel hatten die römischen Aedilen, denen die Marktpolizei oblag, Klagen eingeführt, die sog. ädilicischen Klagen, welche gleich den prätorischen zu den actiones honorariae gehören: die actio redhibitoria auf Auflösung des Kaufcontracts und beiderseitige Rückleistung des Empfangenen (verjährt in sex menses utiles) und die actio quanti minoris auf verhältnissmässige Preisminderung (verjährt in einem annus utilis). Im Uebrigen ist für den Käufer die actio emti, für den Verkäufer die actio venditi die Klage, um die Rechte aus dem Kaufcontract geltend zu machen.

Geht die geschuldete Waare casu vor ihrer Leistung unter, so wird der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit befreit; der Käufer muss nichts destoweniger den Kaufpreis zahlen. Das Gleiche gilt, wenn die Waare casu verschlechtert worden ist: der Verkäufer wird frei durch Leistung der verschlechterten Sache; der Käufer zahlt den vollen Kaufpreis. In diesem Sinne trägt der Käufer nach Abschluss des Kaufvertrags das periculum rei. In gleicher Weise aber kommt ihm auch zu Gute, was casu zur Waare hinzukommt (z. B. die gekaufte Stute wirft ein Füllen), oder sonst die Verbesserung, Preissteigerung der Waare: cujus periculum, ejus et commodum esse debet.

Laesio enormis liegt vor, wenn unter dem halben Werth verkauft ist. Der Verkäufer hat (nach einem Rescript von Diocletian) dann das Recht, den Kauf rückgängig zu machen, falls der Käufer nicht den vollen Werth nachzahlt.

§ 3 I. de emt. et vend. (3, 23): Cum autem emtio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim

ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque, si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumtae fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae, aut arboribus turbine dejectis longe minor, aut deterior esse coeperit, emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emtionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emtoris commodum pertinet. Nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est.

L. 1 D. de evict. (21, 2) (Ulpian.): Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem.

L. 1 § 1 D. de aedil. edicto (21, 1): Ajunt aediles: Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.

§ 2 eod. (Ulpian.): Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint; dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestare jubent, tamen teneri debere.

2) Die Miethe ist entweder Sachmiethe oder Dienstmiethe oder Werkmiethe.

Die Sachmiethe (locatio conductio rei) ist der Vertrag über entgeltliche Sachgebrauchsüberlassung. Der Miether hat die actio conducti; der Vermiether die actio locati.

Die Dienstmiethe (locatio conductio operarum) ist der Vertrag über entgeltliche Leistung eines Arbeitsquantums, z. B. der Vertrag mit dem Dienstboten, mit dem Tagelöhner, mit dem Gesellen. Der Arbeitsherr hat die actio conducti, der Arbeitsleistende die actio locati.

Die Werkmiethe (locatio conductio operis) ist der Vertrag über entgeltliche Leistung eines Arbeitserfolges, z. B. der Vertrag über Transport von Sachen oder Personen (Frachtvertrag), der Vertrag über Ausbesserung, Bearbeitung, Verarbeitung von Sachen. In diesen Fällen ist der die Arbeit Versprechende selbst

zugleich der Arbeitsherr (der Unternehmer), er hat dem Anderen nicht sich unterzuordnen noch seinen Weisungen in Bezug auf das Detail der Arbeit Folge zu leisten, sondern schuldet ihm lediglich die Herstellung des gewünschten Erfolges. Deshalb heisst der, welcher die Arbeit verspricht, hier conductor operis: er hat die Unternehmung (das opus) gemiethet (er ist der Unternehmer anstatt des Anderen, welchen das opus eigentlich interessirt). Der, welcher die Arbeit empfängt, heisst: locator operis: er hat die Unternehmung abgegeben an den Anderen. Die Klage des Arbeitsempfängers heisst hier daher actio locati, die Klage des Arbeitsleistenden actio conducti.

In allen Fällen ist die Miethe ein negotium bonae fidei. Beide Theile schulden omnis diligentia und überhaupt Alles, was die bona fides nach Massgabe der Umstände mit sich bringt. Dazu gehört auch, dass der Verpächter dem Pächter in schlechten Jahren einen verhältnissmässigen Nachlass am Pachtzinse zu gewähren hat (sog. remissio), sowie umgekehrt, dass der Pächter, welcher nachher durch reichliche Ernte entschädigt wird, nachträglich den remittirten Pachtzins nachzuzahlen verpflichtet ist.

pr. I. de locat et conduct. (3, 24): Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni iisdemque juris regulis consistit. Nam, ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit; et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

§ 5 eod.: Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Quam si praestiterit, et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

L. 15 § 4 D. eod. (19, 2) (Ulpian.): Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam ejus anni, quo remisit, exigendam.

3) Der Gesellschaftsvertrag (societas) ist der Vertrag über gegenseitige Leistungen zu einem gemeinsamen Zweck (z. B. um ein Handelsgewerbe gemeinsam zu treiben, oder um

eine Reise gemeinsam zu machen)[1]). Die Societät ist ein negotium bonae fidei. Beide Theile schulden sich gegenseitig nicht blos das Versprochene, sondern alles, was die bona fides mit sich bringt. Dazu gehört auch diligentia, aber nur die *diligentia quam suis rebus* adhibere solet (socius). Man kann nicht fordern, dass der socius in Gesellschaftsangelegenheiten sorgfältiger sei als in seinen eignen Angelegenheiten. Man muss sich seinen socius danach aussuchen. Die bona fides fordert ebenso, dass man die Societät in jedem Augenblick kündigen könne, es sei denn eine *bestimmte* Zeit verabredet, für welche man auf das Kündigungsrecht verzichtet hat. Wird *unzeitig* gekündigt (sei es gegen ausdrückliche Beredung, sei es gegen die bona fides), so wird zwar durch die Kündigung die Societät aufgehoben, aber der Kündigende dem Anderen ersatzpflichtig. Jeder socius hat gegen den anderen die actio pro socio.

pr. I. de soc. (3, 25): Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicujus negotiationis veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique.

§ 1 eod.: Et quidem, si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent.

§ 9 eod.: Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam culpae, id est desidiae atque neglegentiae nomine, quaesitum est. Praevaluit tamen, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim, talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam, qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet.

4) *Das Mandat* ist der Vertrag über unentgeltliche Ausführung eines Auftrags. Als negotium bonae fidei verpflichtet es beide Theile zu Allem, was die bona fides fordert. So den Mandatar zur Ausführung des Auftrags und zu *omnis diligentia* (obgleich der Mandatar vom Contract keinen Vortheil hat), eventuell zu Schadensersatz; den Mandanten zum Ersatz der Auslagen

---

1) Ist die Verabredung, eine Reise gemeinsam zu machen, an sich schon eine Societät?

und überhaupt zu omnis diligentia. Der Mandatar (der Empfänger des Auftrags) ist derjenige, welcher principaliter und auf alle Fälle verpflichtet ist. Die Klage gegen ihn heisst daher actio mandati directa. Der Mandant (der Geber des Auftrags) wird nur unter Umständen und nicht auf alle Fälle obligirt; die Klage gegen ihn heisst actio mandati contraria.

Der Auftrag kann sich (wenn es sich um ein Rechtsgeschäft oder einen Prozess handelt) mit Ertheilung einer Vollmacht verbinden, d. h. mit der Ertheilung der Befugniss, im Namen des Auftraggebers das Geschäft zu schliessen, den Process zu führen. Dann ist der Mandatar zugleich befugt, als Stellvertreter zu handeln (oben S. 101).

Von dem Mandat, welches die Verpflichtung des Mandatars zur Ausführung des Auftrags beabsichtigt, unterscheidet sich der gute Rath (das sog. mandatum tua gratia), welcher solche Verpflichtung nicht beabsichtigt und daher nicht blos kein Mandat, sondern überhaupt kein Rechtsgeschäft bedeutet. Eine Handlung, welche contra bonos mores ist, kann nicht gültig durch Mandat aufgetragen werden, weil eine Verpflichtung zu unsittlichem Handeln überhaupt von Rechts wegen nicht begründet werden kann, weder durch negotium stricti juris, noch durch negotium bonae fidei.

pr. I. de mand. (3, 26): Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At, si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

§ 6 eod.: Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emtiones praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum, et ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabitur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an expediat consilium.

§ 7 eod.: Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. Licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

§ 13 eod.: In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum

sit, in aliam formam negotii cadere. Nam, mercede constituta, incipit locatio et conductio esse.

§ 70.

Die Quasicontracte.

Die Quasicontracte bedeuten Fälle der Contractswirkung bei blos contractsähnlichem Thatbestand. Hierher gehören:

I. Die Bereicherung sine causa und ex injusta causa, d. h. die Bereicherung des Einen auf Kosten des Anderen, wo doch jene Bereicherung als den Zwecken des Rechts nicht entsprechend (sine causa), oder als den Zwecken des Rechts sogar widersprechend (ex injusta causa) erscheint. Der so Bereicherte ist zur Herausgabe seiner Bereicherung verpflichtet. Derjenige, auf dessen Kosten die Bereicherung erfolgt ist, hat gegen den Bereicherten eine condictio.

a) Fälle der Bereicherung sine causa sind: 1) die solutio indebiti, d. h. die irrthümliche Zahlung einer Nichtschuld: der irrthümlich Zahlende hat als Rückforderungsklage die condictio indebiti. 2) Das dare ob causam, d. h. die Vermögenszuwendung in der vertragsmässigen Erwartung eines künftigen Erfolges (z. B. dass der X die Y heirathen werde). So lange der Erfolg nicht eingetreten ist, bezw. sobald sich entschieden hat, dass der Erfolg nicht eintreten kann, erscheint die Bereicherung des Empfängers als nicht hinreichend motivirt; der Gebende hat als Klage auf Rückgabe der Bereicherung die condictio ob causam datorum, oder, wie sie auch genannt wird, die condictio causa data causa non secuta. Unter diesem Gesichtspunkt und mit dieser Klage kann nach römischem Recht beim Innominatrealcontract (Tauschcontract, oben S. 216) der Vorleistende jederzeit seine Vorleistung zurückfordern. Er hat also die Wahl, ob er aus dem Innominatrealcontract die Gegenleistung mit actio in factum praescriptis verbis oder aus dem Quasicontract die Rückleistung der Bereicherung (so lange die Gegenleistung nicht gemacht ist) mit condictio causa data causa non secuta fordern will (sog. jus poenitendi). 3) Das missglückte dare, d. h. das dare, welches mit Geschäftswillen (z. B. mit dem Willen, ein Darlehn zu geben) vollzogen ist, aber das Geschäft nicht hervor-

brachte, z. B. weil auf der anderen Seite der entsprechende Wille fehlte (der Empfänger glaubte z. B., ihm solle geschenkt werden). Dann ist keine Darlehnsklage möglich, aber condictio sine causa auf Rückgabe der Bereicherung. Ebenso wenn Jemand, der ein Darlehn geben wollte, fremde Münzen gegeben hat, wo der Empfänger nicht durch die Tradition, sondern erst durch Consumtion Eigenthümer wird, d. h. dadurch, dass das fremde Geld mit dem Geld des Empfängers vermischt wird. Dieselbe condictio sine causa wird überhaupt gegeben, wo dem Einen etwas zugekommen ist, was besser einem anderen zugekommen wäre. Ein Beispiel: die Sache, welche mir vermacht war, hat ein Anderer verkauft; die vermachte Sache geht unter, so dass ich sie nicht mehr vindiciren kann; ich fordere mit condictio sine causa von jenem Verkäufer den von ihm erlösten Preis. Die condictio sine causa hat also überhaupt die Aufgabe, die irregegangene Bereicherung rückgängig zu machen, vorausgesetzt, dass dem Billigkeitsgrund, welcher für den Kläger spricht, kein Billigkeitsgrund auf Seiten des Beklagten widerspreche.

b) Fälle der Bereicherung ex injusta causa sind: 1) der Diebstahl: der Dieb ist durch den Besitz der gestohlenen Sache rechtswidrig auf Kosten des Bestohlenen bereichert; der Eigenthümer hat gegen ihn die condictio furtiva auf Rückgabe der Sache, bezw. Schadensersatz. 2) Das dare ob turpem causam, d. h. die Vermögenszuwendung, deren Annahme unsittlich ist. Dann hat der Gebende als Rückforderungsklage die condictio ob turpem causam, vorausgesetzt jedoch, dass das Geben nicht gleichfalls unsittlich war. 3) Das dare ex injusta causa, z. B. die Zahlung einer gesetzlich missbilligten Schuld (so die Erfüllung eines durch Drohung erpressten Zahlungsversprechens), überhaupt die Bereicherung ex injusta causa, d. h. eine von Rechts wegen zu missbilligende Bereicherung des Einen auf Kosten des Andern. Es entsteht die condictio ex injusta causa auf Herausgabe der Bereicherung.

L. 1 § 1 D. de condictione indebiti (12, 6) (Ulpian.): Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens, se non debere, solvit, cessat repetitio.

L. 7 § 1 D. de condictione causa data causa non secuta (12, 4) (Julian.): Fundus dotis nomine traditus, si nuptiae insecutae

non fuerint, condictione repeti potest: fructus quoque condici poterunt.

L. 1 § 2 D. de condictione ob turpem vel injustam causam (12, 5) (PAULUS): Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam si res secuta sit, repeti potest. L. 2 eod. (ULPIAN.): Utputa dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas.

L. 6 eod. (ULPIAN.): Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est.

II. Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum, d. h. die Aufnahme der Sachen, welche der Reisende mitbringt, seitens des Schiffers, des Gastwirths oder des Stallwirths verpflichtet den Aufnehmenden, gleich als ob über die von dem Reisenden eingebrachten Sachen ein Contract geschlossen wäre, zur Haftung für die Sachen. Der Prätor hat diese Verpflichtung eingeführt. Kommen die eingebrachten Sachen abhanden oder werden sie beschädigt, so fordert der Reisende mit der (prätorischen) actio de recepto vollen Schadensersatz, falls der Wirth (oder Schiffer) nicht nachweist, dass der Schaden durch die eigne Nachlässigkeit des Reisenden oder durch unabwendbaren Zufall (vis major) herbeigeführt worden ist.

L. 1 pr. D. nautae caup. (4, 9): Ait praetor: NAUTAE, CAUPONES, STABULARII, QUOD CUJUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT, NISI RESTITUENT, IN EOS JUDICIUM DABO.

III. Die negotiorum gestio, d. h. die unbeauftragte Geschäftsführung (z. B. Processführung, oder Fürsorge für Sachen des Andern, oder Schuldenzahlung für den abwesenden Freund) erzeugt ein mandatsähnliches Verhältniss. Principaliter und auf alle Fälle haftet der negotiorum gestor, nämlich für Vollführung des übernommenen Geschäfts mit omnis diligentia. Gegen ihn geht die actio negotiorum gestorum directa. Nur unter Umständen haftet derjenige, dessen Geschäfte geführt sind (der Geschäftsherr, dominus negotii), z. B. für Ersatz von Auslagen, welche der negotiorum gestor gehabt hat. Gegen ihn geht die actio negotiorum gestorum contraria.

§ 1 I. de obl. quasi ex contr. (3, 27): Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum; sed domino quidem rei gestae adversus eum, qui gessit, directa competit actio, negotiorum autem

gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci, manifestum est; quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se optulerit: ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat; quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit, talem diligentiam adhibuisse, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

IV. Auch die tutela, d. h. die Uebernahme der Vormundschaft, erzeugt zwischen Mündel und Vormund ein mandatsähnliches Verhältniss. Auf alle Fälle verpflichtet ist der Vormund, nämlich zur sorgfältigen Vollführung der Vormundschaft. Er haftet aber, weil er zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet ist, nur für diligentia quam suis rebus adhibere solet. Gegen ihn geht die actio tutelae directa. Nur unter Umständen verpflichtet ist der Mündel, z. B. falls der Vormund Auslagen gehabt hat. Gegen ihn klagt der Vormund mit actio tutelae contraria.

§ 2 I. eod.: Tutores quoque, qui tutelae judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed, quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur.

V. Die communio, d. h. die Vermögensgemeinschaft, erzeugt unter den Genossen ein societätsähnliches Verhältniss. Sie verpflichtet beide Theile auf Verlangen des Andern zur Auseinandersetzung (theilbare Sachen werden reell getheilt; die untheilbare Sache wird dem Einen ganz zugesprochen unter Verpflichtung den Andern zu entschädigen), ferner zum Ersatz von Auslagen, welche in Folge der Gemeinschaft der Eine für den Andern machen musste, endlich zur Prästation von diligentia quam suis rebus: der Genosse ist verpflichtet, die gemeinsame Sache nicht schlechter zu behandeln als seine eigne; widrigenfalls ist er schadensersatzverpflichtet. Es giebt drei Arten der Vermögensgemeinschaft: Sachgemeinschaft, Erbschaftsgemeinschaft, Grenzge-

meinschaft (das Letztere, falls die richtigen Grenzen nicht mehr constatirt werden können). Dem entsprechend giebt es drei Theilungsklagen (judicia divisoria): die actio communi dividundo für den Fall der Sachgemeinschaft, die actio familiae erciscundae für den Fall der Erbschaftsgemeinschaft, die actio finium regundorum für den Fall der Grenzgemeinschaft. Mit der Theilungsklage kann nicht blos der Anspruch auf Auseinandersetzung, sondern ebenso auch der Anspruch auf praestationes personales (Auslagen, Schadensersatz) geltend gemacht werden. Soweit die Theilungsklage aber auf Auseinandersetzung geht, ist sie ein sog. judicium duplex (vgl. oben S. 185): beide Theile haben die gleiche Rolle, und beide Theile werden durch adjudicatio (oben S. 169) bezw. condemnatio zur Leistung dessen angehalten, was zur Vollziehung der Auseinandersetzung nöthig ist.

§ 3 I. eod.: Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt; sed, quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur. § 4. Idem juris est de eo, qui coheredi suo familiae erciscundae judicio ex his causis obligatus est.

VI. Der Erbe wird durch Erbschaftsantritt quasi ex contractu verpflichtet, die ihm gültig vom Erblasser auferlegten Vermächtnisse den Legataren auszuzahlen.

§ 5 I. eod.: Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur. Neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest. Et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur.

§ 71.

Die pacta.

Pactum ist derjenige obligatorische Consens, welcher vom römischen Civilrecht nicht als Contract anerkannt worden ist. Hier gilt der Grundsatz, dass das pactum (sog. nudum pactum)

keine klagbare Obligation, sondern nur eine sog. naturalis obligatio, d. h. eine klaglose (wenngleich zahlbare) Obligation hervorbringt: erfüllt der Schuldner aus freien Stücken, so ist es gut, und eine condictio indebiti (oben S. 230) kann von dem Zahlenden nicht angestellt werden; aber ein Zwang zur Erfüllung durch actio ist ausgeschlossen. Nur im Wege der exceptio kann das pactum geltend gemacht werden, falls der Betreffende in die Lage kommt, als Beklagter sich auf das pactum berufen zu können.

Dennoch giebt es einige pacta, welche schon nach klassischem Civilrecht, andere, welche nach prätorischem Recht, und eine dritte Art, welche nach späterem Civilrecht, Kaiserrecht, klagbar sind (sog. pacta vestita).

I. Nach klassischem Civilrecht, und zwar in Einklang mit den allgemeinen ihm innewohnenden Gedanken, sind klagbar die pacta adjecta, d. h. die Nebenverträge, welche dem Abschluss eines bonae fidei negotium sofort (in continenti) hinzugefügt sind. Ist also z. B. bei Abschluss des Kaufvertrags eine Conventionalstrafe für den Fall nicht rechtzeitiger Leistung verabredet worden, so kann die Conventionalstrafe mit der Klage aus dem Kaufcontract eingeklagt werden. Es bedarf der Stipulation nicht. Aus dem bonae fidei negotium wird alles geschuldet, was die bona fides mit sich bringt. Der Inhalt eines solchen Nebenvertrags wird ex bona fide gleichfalls kraft des gleichzeitig geschlossenen Hauptvertrags geschuldet. Ist der Nebenvertrag aber erst später geschlossen worden, so kann er mit der Klage aus dem Hauptvertrag nicht geltend gemacht werden (weil er hier keinen Bestandtheil des Hauptvertrags bildet), und erzeugt daher, da er um seiner selbst willen nicht klagbar ist, keine actio, sondern nur eine exceptio.

II. Nach prätorischem Recht (pactum praetorium) ist klagbar das constitutum debiti, sei es debiti proprii, sei es debiti alieni, d. h. das Versprechen, eine bestehende Schuld, sei es eine eigne, sei es eine fremde, zahlen zu wollen. War ein solches Versprechen in Stipulationsform gegeben, so war es nach Civilrecht klagbar. Der Prätor machte es klagbar auch wenn es durch formlose Zusage gegeben war (actio de pecunia constituta). So konnte Jemand durch constitutum eine fremde Schuld zahlen zu wollen, versprechen, und haftete er dann noch strenger als der

Bürge, insofern er nicht durch jede Aufhebung der Hauptschuld, sondern nur durch die dem Gläubiger zu Theil gewordene Zahlung oder sonstige materielle Befriedigung befreit wurde. Die Schuld des Constituenten stand zu der Hauptschuld nicht (wie die fidejussio) in Correalverhältniss, sondern in blos solidarischem Verhältniss (oben S. 206).

III. Nach späterem Kaiserrecht (pacta legitima) sind klagbar auch als blosse pacta (ohne Form) das Schenkungsversprechen und das Versprechen, eine dos (unten § 82) geben zu wollen. Doch ist das Schenkungsversprechen ohne gerichtliche Insinuation nur bis zum Betrage der Insinuationssumme von 500 solidi (oben S. 97) gültig.

L. 7 § 7 D. de pact. (2, 14): Ait praetor: PACTA CONVENTA, QUAE NEQUE DOLO MALO, NEQUE ADVERSUS LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, DECRETA, EDICTA PRINCIPUM, NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT, FACTA ERUNT, SERVABO.

L. 13 C. de pact. (2, 3) (MAXIMINUS): In bonae fidei contractibusi ta demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat. Nam, quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit.

§ 9 I. de act. (4, 6): De pecunia autem constituta cum omnibus agitur, quicumque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita; nam alioquin, si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

§ 2 I. de donat. (2, 7): — donationes — si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit: et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, et si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et, cum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio et quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare et sine insinuatione statuit, et quasdam donationes invenit, quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem.

B. Delictsobligationen.

§ 72.

Die Privatdelicte des römischen Rechts.

Das römische Recht kennt eine Reihe von Delicten, gegen welche das Recht mit den Mitteln des Privatrechts reagirt: die Privatdelicte. Aus dem Privatdelict entspringen zur Strafe für den Delinquenten Forderungsrechte des Verletzten, theils auf Schadensersatz (reipersecutorische Klage, vgl. oben S. 135), theils auf Strafe (poenaepersecutorische Klage), theils auf Schadensersatz und Strafe (actio mixta). Die Privatdelicte des römischen Rechts sind:

1) Das furtum, d. h. die heimliche Aneignung einer fremden beweglichen Sache, sei es mit Entziehung der Sache aus fremdem Gewahrsam (der Diebstahl des heutigen Rechts), sei es ohne solche Entziehung (die heutige Unterschlagung). Aus dem Diebstahl entspringen zwei Klagen. Einmal die actio furti auf Strafe, und zwar gegen den fur manifestus (der auf der That ertappt ist) auf das quadruplum, gegen den fur nec manifestus auf das duplum. Zum Andern die condictio furtiva auf Schadensersatz (oben S. 231). Die actio furti wird Jedem gegeben, der durch den Diebstahl beschädigt ist (cujus interest). Dagegen hat die condictio furtiva nur der Eigenthümer der gestohlenen Sache.

Im älteren römischen Recht gab es auch eine actio furti concepti gegen den, bei welchem die gestohlene Sache durch formelle Haussuchung gefunden worden war, eine actio furti oblati gegen den, welcher die gestohlene Sache bei diesem Anderen versteckt hatte, eine actio furti prohibiti gegen den, welcher sich der Haussuchung widersetzte, eine actio furti non exhibiti gegen den, welcher die bei der Haussuchung gefundene Sache nicht herausgeben wollte. Alle diese Klagen hingen mit dem alten Recht des Bestohlenen zusammen, zum Zweck förmlicher Haussuchung unter gewissen Solennitäten in jedes andere Haus einzudringen. Mit der Sitte dieser privaten Haussuchung sind auch diese Klagen abgekommen.

Was im Obigen definirt wurde, ist der Sachdiebstahl (furtum rei ipsius). Daneben kennt das römische Recht auch ein furtum possessionis (das furtum des Eigenthümers, welcher seine eigene Sache dem dritten Besitzberechtigten, z. B. dem Faustpfandgläubiger, entwendet) und ein furtum usus (die Aneignung zu blos vorübergehendem Gebrauch). Auch in diesen Fällen wird condictio furtiva (die possessio, der usus wird condicirt) und actio furti (das Interesse der possessio, des usus muss zur Strafe mehrfach ersetzt werden) gegeben.

L. 1 § 3 D. de furtis (47, 2) (Paulus): Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve.

§ 3 I. de obligat. ex del. (4, 1): Furtorum autem genera duo sunt, manifestum et nec manifestum. Nam conceptum et oblatum species potius actionis sunt furto cohaerentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Graeci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant, nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo fit —. Immo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo perveniret, quo perferre ac deponere rem destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex his, quae diximus, intelligitur. Nam, quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

§ 4 eod.: Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibns furtiva res quaesita et inventa sit; nam in eum propria actio constituta est, quàmvis fur non sit, quae appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit, utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dederit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quaerere testibus praesentibus volentem prohibuerit. Praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit. Sed hac actiones, id est concepti et oblati et furti prohibiti nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivae hodie secundum veterem observationem non fit,

merito ex consequentia etiam praefatae actiones ab usu communi recesserunt, cum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

§ 5 eod.: Poena manifesti furti quadrupli est, tam ex servi persona, quam ex liberi, nec manifesti dupli.

§ 13 eod.: Furti autem actio ei competit, cujus interest, rem salvam esse, licet dominus non sit; itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit, rem non perire.

§ 19 eod.: Furti actio, sive dupli, sive quadrupli, tantum ad poenae persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus ipsum furem heredemve ejus, licet non possideat, competit.

2) Die rapina ist die gewaltthätige Sachentziehung, und erzeugt die prätorische actio vi bonorum raptorum auf das quadruplum, wovon ein simplum als Schadensersatz gilt. Die actio vi bonorum raptorum ist also eine actio mixta. Nach Ablauf eines annus utilis (vgl. oben S. 149) geht sie nur noch auf einfachen Schadensersatz. Sie ist Jedem zuständig, welcher durch den Raub geschädigt ist.

L. 2 pr. D. vi bon. rapt. (47, 8): Praetor ait: SI CUI DOLO MALO, HOMINIBUS COACTIS, DAMNI QUID FACTUM ESSE DICETUR, SIVE CUJUS BONA RAPTA ESSE DICENTUR, IN EUM, QUI ID FECISSE DICETUR, JUDICIUM DABO.

pr. I. de vi bon. rapt. (4, 2): Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti. Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse. Sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quae actio utilis est, etiamsi quis unam rem licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus, sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non.

3) Das damnum injuria datum ist die verschuldete Sachbeschädigung. Daraus entspringt für den beschädigten Eigenthümer die actio legis Aquiliae auf vollen Schadensersatz, und zwar auf Ersatz des höchsten Werthes, welchen die Sache im letzten Jahr (wenn es sich um die Tödtung von

Sklaven oder vierfüssigen Hausthieren handelt)[1], oder des höchsten Werthes, welchen die Sache im letzten Monat hatte (wenn es sich um anderen Sachschaden handelt)[2]. Die actio legis Aquiliae ist also eine reipersecutorische Klage, schliesst aber durch die besondere Art der Schätzung auch ein pönales Element in sich. Das Gleiche gilt von dem Rechtssatz, dass die actio legis Aquiliae im Fall des Leugnens des Beklagten (des Thäters) auf das Doppelte geht (lis infitiando crescit in duplum). Der Beklagte war durch den Wortlaut der lex Aquilia (damnas esto) bereits verurtheilt, als wenn ein rechtskräftiges Urtheil über ihn ergangen wäre. Wer daher durch frivoles Leugnen den Kläger zum Beweis des Delicts nöthigte, ward gerade so behandelt, als ob er der Erfüllung eines rechtskräftigen Urtheils wissentlich sich hätte entziehen wollen, d. h. in's Doppelte verurtheilt. Vgl. oben S. 114.

Voraussetzung der actio legis Aquiliae ist Verschulden des Beklagten, sei es dolus, sei es blos culpa levis. Aber nur die culpa levis in faciendo begründet das Delict der lex Aquilia: das non facere als solches ist kein Delict, wenngleich es unter Umständen ein facere und dann ein Delict sein kann. Und zwar muss ein Verschulden vorliegen, durch welches eine bestimmte Sache des Klägers Schaden genommen hat. Wegen blosser Vermögensbeschädigung wird keine actio legis Aquiliae gegeben (vgl. unten Nr. 5). Der Wortlaut der lex Aquilia verlangte, dass der Sachschaden durch die Handlung des Beklagten unmittelbar herbeigeführt sei (damnum corpore corpori datum). Doch hat der Prätor später die actio legis Aquiliae (als utilis actio, vgl. oben S. 129) auch dann gegeben, wenn der Sachschade durch die Handlung des Beklagten nur mittelbar entstanden war. Ja, unter Umständen gab der Prätor auch eine actio in

1) Darauf bezog sich das erste Kapitel der lex Aquilia.

2) Auf die ceterae res bezog sich das dritte Kapitel der lex Aquilia. Das zweite Kapitel handelte von dem adstipulator (vgl. oben S. 221), welcher sein formelles Recht missbrauchte, um den Schuldner durch acceptilatio (unten § 76) zu befreien. Dies zweite caput der lex Aquilia kam ausser Uebung, weil der adstipulator, nachdem die Verbindlichkeit des Mandats (oben S. 228) vom Civilrecht anerkannt war, mit der actio mandati directa auf vollen Schadensersatz verklagt werden konnte, es also der Delictsklage aus der lex Aquilia nicht mehr bedurfte.

factum nach Vorbild der lex Aquilia (accommodata legi Aquiliae), wenn nämlich kein eigentlicher Sachschade vorlag, aber doch eine Sachentziehung, welche thatsächlich der Sachvernichtung gleichkommt (z. B. ich löse die Fesseln des fremden Sklaven, so dass der Sklave entflieht).

pr. I. de leg. Aq. (4, 3): Damni injuriae actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut, si quis hominem alienum, alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.

§ 2 eod.: Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest. § 3. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla invenitur. Nam alioquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

§ 12—14 eod.: Caput secundum legis Aquiliae in usu non est. Capite tertio de omni cetero damno cavetur. — Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.

§ 16 eod.: Ceterum placuit, ita demum ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent, veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur. — Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa, neque utilis Aquilia, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

4) Die injuria (Beleidigung) ist jede absichtliche Nichtachtung fremder Persönlichkeit. Das Injurienrecht der zwölf Tafeln, welches öffentliche Schmähung mit Todesstrafe, körperliche Verstümmelung (membrum ruptum) mit Talion, andere Injurien mit einer festen Geldstrafe (meistens 25 As) bedrohte, ward durch den Prätor beseitigt, welcher intra annum (utilem) eine actio injuriarum aestimatoria, d. h. eine Klage auf verhältnissmässige Geldbusse (mit Moderationsrecht des Richters) einführte. Eine lex Cornelia (81 v. Chr.) gab eine Civilklage dieses Inhalts (indem daneben öffentliche Strafe angedroht wurde) für gewisse Fälle von Realinjurien, nämlich für die Fälle des verberare, pulsare, domum vi introire.

§ 1 I. de injur. (4, 4): Injuria autem committitur non solum, cum quis pugno puta aut fustibus caesus, vel etiam verberatus erit, sed etiam, si cui convicium factum fuerit, sive cujus bona, quasi debitoris, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicujus libellum, aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, sive quis matremfamilias, aut praetextatum praetextatamve adsectatus fuerit, sive cujus pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis pluribus modis admitti injuriam, manifestum est.

§ 7 eod.: Poena autem injuriarum ex lege duodecim tabularum, propter membrum quidem ruptum, talio erat, propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut judex vel tanti condemnet, quanti injuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed poena quidem injuriae, quae ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit; quam autem praetores introduxerunt, quae etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis vitaeque honestatem crescit, aut minuitur aestimatio injuriae.

5) Dolus (die absichtliche vermögensbeschädigende That) und metus (die vermögensbeschädigende Drohung) verpflichten den Thäter zum vollen Schadensersatz vermöge der actio de dolo bezw. der actio quod metus causa (vgl. oben S. 94. 95). Die actio de dolo wird jedoch (weil sie den Verurtheilten infamirt) nur subsidiär gegeben, wenn keine anderen Rechtsmittel zuständig sind (si qua alia actio non erit), und kann sie nach Ablauf von zwei Jahren nur noch als actio in factum angestellt werden, soweit der Beklagte von seinem dolus noch einen Gewinn hat. Da die vermögensbeschädigende Drohung nur einen Specialfall des dolus darstellt, so ergiebt sich, dass überhaupt im Fall des dolus auch die blosse Vermögensbeschädigung eine Klage auf Schadensersatz begründet, dass aber im Fall blosser culpa (d. h. im Fall unbeabsichtigter, aber doch schuldhafter Schadenszufügung) nur die Sachbeschädigung eine Klage auf Schadensersatz hervorbringt (oben Nr. 3), — ein Satz des römischen und des heutigen gemeinen Rechts, welcher von der grössten praktischen Bedeutung ist.

§ 73.

Quasidelicte.

Quasidelicte heissen die Fälle der Delictswirkung (Verpflichtung zum Schadensersatz bezw. Strafe) bei blos delictsähnlichem Thatbestand.

1) Der judex qui litem suam fecit, d. h. der schuldhafter Weise ungerecht urtheilende Richter, ist zu arbiträrem Schadensersatz verpflichtet. Dieser Fall erscheint unter den Quasidelicten, weil der Richter auch im Fall blosser imprudentia haftet, und ein Verstandesfehler nicht nothwendig zugleich ein Willensfehler ist.

2) Gegen den (oder die) Bewohner des Zimmers, aus welchem mit schädigendem Erfolg etwas hinausgeworfen oder gegossen ist, wird vom Prätor eine Klage auf doppelten Schadensersatz (also eine actio mixta) gegeben: die actio de effusis vel dejectis.

3) Gegen denjenigen, welcher über einer öffentlichen Strasse auf gemeingefährliche Weise etwas hingestellt oder hingehängt hat, giebt der Prätor eine Popularklage (cuivis ex populo, vgl. S. 135) auf eine Privatstrafe von 10 Goldsolidi: die actio de posito vel suspenso.

4) Gegen den Schiffsherrn (nauta), den Gastwirth (caupo), den Stallwirth (stabularius) giebt der Prätor auf Grund der Delicte ihrer Angestellten (sofern dieselben im Bereich ihrer Anstellung thätig waren) dem Geschädigten eine actio in factum auf das Doppelte, also eine actio mixta.

5) Aus dem Delict des servus kann der Herr mit der Noxalklage (actio noxalis) dahin in Anspruch genommen werden, dass er entweder die Folgen des Delictes auf sich nehme oder den Sklaven dem Verletzten ausantworte (noxae dare). Das Gleiche gilt, wenn ein Thier unerwarteter Weise (contra naturam sui generis) Schaden angerichtet hat: gegen den Eigenthümer geht die sog. actio de pauperie als Noxalklage. Nach vorjustinianischem Recht haftete auch der paterfamilias mit der Noxalklage aus den Delicten des filiusfamilias.

pr. I. de obl. quasi ex delicto (4, 5): Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed, quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur,

licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri et, in quantum de ea re aequum religioni judicantis videbitur, poenam sustinebit.

§ 1 eod.: Item is, ex cujus coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitabat, dejectum effusumque aliquid est, ita, ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere: quo casu poena decem aureorum constituta est. De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli, quanti damnum datum sit, constituta est actio.

§ 3 eod.: Item exercitor navis, aut cauponae, aut stabuli, de dolo aut furto, quod in nave, aut in caupona, aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam aut stabulum exerceret. Cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio, et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.

pr. I. de noxal. act. (4, 8): Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis aestimationem sufferre, aut hominem noxae dedere. § 1. Noxa autem est corpus, quod nocuit, id est servus; noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria. —

§ 7 eod.: Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi haec penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum, et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis, quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.

pr. I. si quadrup. (4, 9): Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia, aut fervore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est. Quae ani-

malia, si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim tabularum scripta est: puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit. Haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet; ceterum, si genitalis sit feritas, cessat.

III. Uebertragung und Aufhebung der Forderungsrechte.

§ 74.

Uebertragung der Forderungsrechte.

Nach römischem Civilrecht kann die Forderung vom Gläubiger nicht auf einen Anderen übertragen (cedirt) werden. Wohl kann der Gläubiger den Dritten zu seinem Processprocurator machen (mandatum actionis), d. h. er kann ihm auftragen, seine Forderung einzuklagen, und es kann ferner ausgemacht sein, dass der Mandatar den Ertrag der Klage behalten soll (mandatum in rem suam). Aber auch ein solcher Processprocurator, welchem das mandatum actionis zu seinen Gunsten (in rem suam) gegeben worden ist, kann nicht im eigenen, sondern nur im fremden Namen (im Namen des Auftraggebers) klagend auftreten. Er ist formell nicht berechtigt, sondern, gleich einem anderen Mandatar, nur verpflichtet zur Einklagung der Forderung: widerruft der Gläubiger das Mandat, oder stirbt der Gläubiger, so erlischt auch dies mandatum in rem suam gerade wie jedes andere Mandat. Der Mandatar in rem suam hat kein Recht an der Forderung. Er ist von Rechtswegen nicht Gläubiger, sondern nur ein Beauftragter des Gläubigers. In ein festes Verhältniss zur Forderung tritt er erst in dem Augenblick, in welchem er mit dem Schuldner litem contestirt hat. Die Ertheilung der formula (in diesem Act liegt die litis contestatio des klassischen Processes, oben S. 124) erfolgt, wenn ein Processprocurator auftritt, zu Gunsten (und ebenso, falls der Beklagte vertreten wird, zu Lasten) des Procurators, d. h. der Condemnationsbefehl der formula lautet zu Gunsten (bezw. zu Lasten) des Procurators, während die intentio der formula auf den Namen des vertretenen Berechtigten (bezw. Schuldners) gestellt ist: wenn

dem Mandanten (dem Gläubiger) 100 vom Verklagten geschuldet werden, so soll der Verklagte zur Zahlung der 100 an den Procurator verurtheilt werden. Dadurch wird der Procurator dominus litis. Laut Inhalt der formula muss der judex den Schuldner verurtheilen, ihm (dem Procurator) zu zahlen. Von diesem Augenblick an also ist das ertheilte Processmandat unwiderruflich, aber nicht blos das in rem suam gegebene, sondern jedes Processmandat (jeder Processprocurator wird durch die formula dominus litis). Das mandatum in rem suam ist in seiner Wirkung nach aussen von dem gewöhnlichen Mandat ununterscheidbar: auch der Mandatar in rem suam hat dem Schuldner gegenüber lediglich procuratorische Stellung, keine Gläubigerstellung, obgleich er dem Mandanten gegenüber nicht verpflichtet ist, das vom Schuldner Eingetriebene herauszuzahlen.

Von diesem Standpunkt hat das Civilrecht aber doch einen Schritt weiter gemacht. Es stellte sich fest, dass das mandatum in rem suam nicht erst im Augenblick der Litiscontestation, sondern bereits im Augenblick der Denunciation unwiderruflich werde, d. h. in dem Augenblick, wo der Mandatar in rem suam den Schuldner von der zu seinen Gunsten geschehenen Ertheilung des Mandats benachrichtigt hat. Jetzt unterschied sich das mandatum in rem suam von dem gewöhnlichen Processmandat. Das gewöhnliche Processmandat war widerruflich bis zur litis contestatio; das mandatum in rem suam war widerruflich nur bis zur denunciatio. Von dem Augenblick der Denunciation an hatte der Mandatar in rem suam jetzt ein Recht, dass der Schuldner ihm, nur ihm allein zahle. Darin lag die erste Ankündigung des Cessionsgedankens. Nicht die Gläubigerschaft, aber doch ein Recht auf Stellvertretung des Gläubigers: nicht die Zuständigkeit der Forderung, aber doch ein Recht, die fremde Forderung auszuüben, ging auf den Mandatar in rem suam über.

Vollendet ist diese Entwickelung durch den Prätor. Er machte das mandatum in rem suam mit seinen blos procuratorischen Wirkungen entbehrlich. Es war nach prätorischem Recht gleichgültig, ob der Gläubiger den Dritten zum Processprocurator gemacht hatte oder nicht, ob ferner das etwa ertheilte Processmandat vielleicht (vor der Denunciation) gültig zurückgenommen war oder nicht. Es kam nach prätorischem Recht nur auf das

Rechtsgeschäft an, durch welches die Veräusserung der Forderung erklärt wurde, also auf das über die Forderung abgeschlossene Kaufgeschäft, auf das Schenkungsgeschäft, auf das Dosbestellungsgeschäft u. s. f., welches den Willen, eine Forderung auf den Andern zu übertragen, enthielt. Es war nach prätorischem Recht nicht relevant das mandatum ad agendum, welches auf Grund des Veräusserungsgeschäfts ertheilt wurde, sondern allein dies Veräusserungsgeschäft, d. h. das Cessionsgeschäft, selber. Erst nach prätorischem Recht ward der Veräusserungswille in Bezug auf das Forderungsrecht rechtlich wirksam. Nach Civilrecht gab es nur ein Auftragsgeschäft zur Geltendmachung der fremden Forderung (des Auftraggebers), welches unter bestimmten Voraussetzungen unwiderruflich wurde. Nach prätorischem Recht gab es ein Cessionsgeschäft (Verkaufen, Verschenken der Forderung u. s. f.), welches kraft des erklärten Veräusserungswillens den Cessionar zu einer Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen, d. h. als eines eigenen Forderungsrechts berechtigte. Nach prätorischem Recht gab es eine Singularsuccession in das Forderungsrecht, nach Civilrecht nicht.

Die Klage, welche der Prätor dem Cessionar auf Grund des Cessionsgeschäfts gab, war eine actio utilis (wo also bereits die intentio auf den Namen des Cessionars lautete). Diese actio utilis war vom Widerruf, Tod des Gläubigers schlechtweg unabhängig. Sie machte den Cessionar sofort zum Gläubiger des Schuldners. Aber es verstand sich von selbst, dass dem Schuldner, so lange er nichts von der Cession erfahren hatte, die an den ursprünglichen Gläubiger geleistete Zahlung aus Billigkeitsgründen angerechnet werden musste. Erst vom Augenblick ausreichend sicherer Benachrichtigung an konnte der Schuldner verpflichtet sein, die Cession zu respectiren. Also blieb die Denunciation immer noch von praktischer Bedeutung. Aber, sie war nicht mehr das Mittel, um ein Recht des neuen Gläubigers erst zu erwerben, sondern nur ein Mittel, um ein Recht des Schuldners (noch an den ursprünglichen Gläubiger zu zahlen) auszuschliessen.

Keine Cession liegt vor in der Novation (vgl. oben S. 220), wo kraft neuen Contractes mit dem Schuldner ein neues Forderungsrecht zu Gunsten eines neuen Gläubigers an Stelle des früheren Forderungsrechts erzeugt wird. Solche Novation kann

praktisch Cessionseffect haben, ist aber niemals formell ein Cessionsgeschäft; sie bedeutet immer Neubegründung einer Forderung, nicht Uebertragung der bisherigen Forderung.

L. 3 pr. C. de novat. et deleg. (8, 42) (GORDIAN.): Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

L. 1 C. de O. et A. (4, 10) (GORDIAN.): Actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatas, et antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit.

L. 8 C. de hered. vend. (4, 39) (DIOCLETIAN.): Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

§ 75.

Haftung für fremde Schulden.

I. Der Eigenthümer des servus haftet aus den Delicten des servus mit der Noxalklage (oben S. 243). Aus den Contracten des servus haftet der dominus nicht schlechtweg, sondern nur unter Umständen, nämlich unter folgenden Umständen:

1) wenn der dominus dem servus ein peculium eingeräumt hat, d. h. ihm Vermögensstücke übergeben hat mit dem Auftrag, dieselben selbständig zu verwalten (der servus unternimmt z. B. mit dem peculium irgend einen eigenen Gewerbebetrieb). Dann kann der dominus aus allen Contracten dieses servus (nur nicht aus Schenkungsgeschäften) mit einer (prätorischen) actio de peculio belangt werden, welcher gegenüber der Herr bis zum Betrage des peculium (peculio tenus) haftet. Da das peculium Vermögen des Herrn geblieben ist (der servus kann nichts erwerben), so haftet also der Herr in solchem Fall mit seinem eigenen Vermögen (aber nur bis zum Belauf des peculium) für die Contractschulden des servus, d. h. für fremde Schulden. Der servus selber haftet aus seinen Contracten naturaliter (vgl. S. 235).

Was der Sklave dem Herrn schuldet (der Sklave hatte etwa für sein peculium von dem Herrn ein Darlehn aufgenommen unter Verpflichtung zur Rückzahlung), vermindert das peculium; umgekehrt, was der Herr dem Sklaven schuldet, vermehrt das peculium. Eine civilrechtliche Obligation ist zwischen dominus und servus unmöglich: aber die Contracte und Quasicontracte zwischen dominus und servus wirken als Verminderung, bezw. Vermehrung des Peculium. Hat daher der Sklave mit einem Dritten zu Gunsten des Herrn contrahirt (z. B. ein Darlehn aufgenommen, welches er für den Herrn verwendet, indem er etwa dessen Schulden bezahlt), so wird der Sklave wegen des aufgenommenen Darlehns einen Ersatzanspruch gegen den Herrn haben (entsprechend der actio negotiorum gestorum contraria), soweit der Herr bereichert, also das Geschäft wirklich dem Herrn zu Gute gekommen ist. Dieser Ersatzanspruch des servus würde sein peculium vermehren und also auch um den Betrag dieses Ersatzanspruches der Herr dem dritten Gläubiger vermöge der actio de peculio haften. Der Gläubiger aber, mit welchem der servus das dem Herrn vortheilhafte Geschäft schloss, soll nicht auf diese actio de peculio beschränkt sein. Er kann die actio de in rem verso gegen den Herrn anstellen, welcher gegenüber der Herr um den Betrag seiner Bereicherung (soweit das Geschäft ihm wirklich zu Gute gekommen ist), also um den Betrag jenes Ersatzanspruchs des servus gegen den dominus, haftet. Dieser actio de in rem verso gegenüber hat der Herr kein Recht, die ihm etwa aus anderen Verhältnissen gegen den servus zuständigen Forderungen abzuziehen.

War das Peculium dem Sklaven gegeben, um damit ein Handelsgewerbe zu treiben, so haben die Handelsgläubiger des servus gegen den Herrn die actio tributoria auf verhältnissmässige Vertheilung der merx peculiaris (des Handelscapitals) unter die Handelsgläubiger (Concursverfahren). Der Herr hat dann nicht das Recht, seine Forderungen gegen den servus vorweg abzuziehen, sondern nur das Recht, wegen seiner Ansprüche neben den Gläubigern verhältnissmässige Befriedigung zu empfangen.

2) Wenn der Herr den Auftrag (jussus) zum Abschluss des Geschäftes durch den servus ertheilt hat, so haftet der Herr dem Gläubiger mit der actio quod jussu, und zwar auf das Ganze

(in solidum). Der Auftrag braucht nicht speciell ertheilt zu sein. Es genügt auch der allgemeine Auftrag. Hat der Herr den Sklaven als Schiffscapitän (magister navis) eingesetzt und damit also ein Generalmandat (auf alle dem Schiffscapitän als solchem zufallenden Geschäfte bezüglich) ertheilt, so kann aus allen Geschäften, welche der Dritte mit diesem servus als Schiffscapitän geschlossen hat (man denke z. B. an Frachtverträge), gegen den Herrn (als den Rheder, exercitor navis) mit der actio exercitoria geklagt werden, und zwar auf das Ganze. Oder: hat der Herr den Sklaven sonst in einem Gewerbebetrieb als seinen Bevollmächtigten (institor, z. B. als Kellner, als Commis) angestellt, so haftet der Herr aus den Contracten, welche mit dem institor als solchem abgeschlossen sind, gleichfalls auf das Ganze mit der actio institoria.

II. Der Hausvater haftet aus dem Contracte des Hauskindes ebenso wie der dominus aus dem Contracte des servus. Also bald beschränkt, falls dem filiusfamilias ein peculium (profecticium, s. unten § 88) übergeben war (oder der filius familias zu Gunsten des Vaters contrahirt hatte), bald unbeschränkt, falls der Vater den Auftrag zum Geschäft gegeben hat, sei es speciell, sei es generell. Die Klagen des Gläubigers aus dem Contract des filiusfamilias gegen den paterfamilias sind genau die gleichen, wie die aus dem Contract des servus gegen den dominus.

III. Der Auftraggeber haftet für die Contracte des Beauftragten (eines gewillkürten, freien Stellvertreters), sobald dieser als offener Stellvertreter fungirte, also den Contract unter Bezugnahme auf den ertheilten Auftrag abschloss (oben S. 103). Die Klagen, welche im Fall des Generalauftrags gegen den pater familias, bezw. den dominus gegeben werden, sind ebenso zuständig, wenn ein nicht der Gewalt Unterworfener den Auftrag erhalten hat. Die actio exercitoria und institoria findet also auch im Fall der Anstellung eines freien Mannes als Schiffskapitän oder als institor statt. Ist sonstwie, sei es speciell, sei es generell, ein Auftrag gegeben worden — wo also im Fall unfreier Stellvertretung die actio quod jussu zuständig sein würde, — so wird im Fall freier Stellvertretung eine actio quasi institoria gegeben. War der Contrahent nicht beauftragt, schloss aber dennoch

im Interesse des Andern (als negotiorum gestor desselben) den Contract, so kann der Gläubiger, mit welchem der Contract geschlossen wird, gegen diesen Andern mit actio utilis de in rem verso klagen. Der Verklagte haftet auf den Betrag seiner Bereicherung, d. h. soweit er dem negotiorum gestor ersatzpflichtig sein würde.

IV. Alle aufgeführten Klagen sind prätorische Klagen. Nach Civilrecht haftet immer und ausnahmslos nur der Contrahent, haftet niemals der dominus, der pater familias, der Auftraggeber des Contrahenten. Es giebt nach Civilrecht kein Contrahiren im fremden Namen mit Wirkung für den Andern. Aber der Prätor hat aus der Schuld des Contrahenten (welche von Civilrechts wegen die einzige bestehende Schuld ist), eine Klage auch gegen den dominus, bezw. den paterfamilias, bezw. den Auftraggeber (dominus negotii) gegeben: die vorhin aufgeführten Klagen. Die prätorische Klage ward der civilrechtlichen Klage hinzugefügt (non transfertur actio, sed adjicitur). Ein Zusatz zur Klagformel drückt aus, weshalb aus der Schuld des Contrahenten ein Anderer, der nach Civilrecht gar nicht verpflichtet ist, verklagt wird. Daher die heute übliche Bezeichnung dieser prätorischen Klagen als actiones adjecticiae qualitatis. Eine actio adjecticia qualitatis ist also die Klage aus dem Contract des (unfreien oder freien) Stellvertreters gegen den Vertretenen. Sie ist in jedem einzelnen Fall die Klage, welche gegen den Contrahenten selber zuständig sein würde, aber mit dem betreffenden Zusatz (adjecticia qualitas), welcher zugleich die etwa eintretende Beschränkung der Haftung ausdrückt. War also ein Kaufgeschäft abgeschlossen worden, so würde der dritte Verkäufer gegen den Vertretenen (dominus, paterfamilias u. s. w.) mit der actio venditi de peculio, oder der actio venditi de in rem verso, oder der actio venditi institoria u. s. w. auftreten.

Das römische Recht ist auf diesem Standpunkt stehen geblieben, dass aus dem Contract des Stellvertreters grundsätzlich der Contrahent (der Stellvertreter), und nicht der Vertretene haftet, dass also die Haftung des Vertretenen in allen Fällen eine Haftung aus fremder Schuld (aus der Schuld des Stellvertreters) sei. Das heutige Recht ist zu dem anderen Satz übergegangen, dass der von dem bevollmächtigten Stellvertreter im Namen des

Vertretenen abgeschlossene Contract direct den Vertretenen verpflichtet, der Vertretene also aus eigener Schuld haftet, nicht mehr aus fremder Schuld. Von Klagen nach Art der römischen actiones adjecticiae qualitatis kann daher heute nur noch die Rede sein, sofern etwa ein Hauskind vom Vater ein peculium profecticium empfing (actio de peculio), oder Jemand ohne Vollmacht im Interesse des Andern contrahirte (actio de in rem verso und utilis de in rem verso), in den Fällen also, wo der Contrahent zunächst sich selbst verpflichtet und verpflichten will, und deshalb wie einst im römischen Recht, so noch heute, der Vertretene aus der Schuld des Contrahenten in Anspruch genommen wird.

§ 36 I. de action. (4, 6): Sunt praeterea quaedam actiones, quibus non solidum, quod debetur nobis, persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus: ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam, si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum pater dominusve condemnatur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex quatenus in peculio sit.

pr. I. quod cum eo (4, 7): Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorumfamilias servorumque agitur, opus est, ut de hac actione et de ceteris, quae eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia, sive cum servis negotium gestum sit, sive cum his, qui in potestate parentum sunt, fere eadem jura servantur: ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus, quorum in potestate sunt. Nam, si quid in his proprie observetur, separatim ostendimus.

§ 1 eod.: Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet, quia, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur. § 2. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc locum habet, cum quis servum suum magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is, ad quem cottidianus navis quaestus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernae forte, aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit, et quid cum eo ejus rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia, qui negotiationibus praeponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones praetor reddit et si liberum quis hominem, aut

alienum servum navi, aut tabernae, aut cuilibet negotiationi praeposuerit, scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

§ 4 eod.: Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus fuerit.

§ 76.

Aufhebung der Forderungsrechte.

Die Aufhebung eines Forderungsrechtes erfolgt entweder ipso jure, d. h. von Civilrechtswegen, oder ope exceptionis, d. h. nur von prätorischen Rechtswegen. Im ersteren Fall erfolgt die Vernichtung des Forderungsrechts (denn das Civilrecht verfügt über das Dasein der Rechte). Im zweiten Falle erfolgt nur eine Hemmung des Rechts (denn der Prätor verfügt nur über die gerichtliche Geltendmachung der Rechte). Im ersteren Fall kann der Aufhebungsgrund seinerseits nicht wieder aufgehoben werden; es bedarf einer Neubegründung des Forderungsrechts. Im zweiten Fall ist es denkbar, dass der Hemmungsgrund seinerseits in der Wirksamkeit gehemmt werde, so dass das alte Forderungsrecht aufs Neue geltend gemacht werden kann.

I. Ipso jure wirkende Aufhebungsgründe.

1. Der contrarius actus. Das alte Civilrecht fordert für die Aufhebung der Schuld rechtsförmliche Zahlung. Die blosse Thatsache, dass dem Gläubiger das Seine zugekommen ist (die solutio des jus gentium), ist nicht genügend, um die obligatio aufzuheben. Die rechtsförmliche Zahlung aber muss ein Doppeltes: sie muss 1) den Gläubiger befriedigen, und sodann 2) die Befriedigung des Gläubigers solenn constatiren. Sie muss also eine Zahlung mit rechtsförmlicher Befreiung des Schuldners sein.

Aus diesem Satz des alten Rechts sind die formalen Auf-

hebungsgründe des Civilrechts hervorgegangen, welche durch die blosse Form der Zahlung (imaginaria solutio) die Befreiung des Schuldners herbeiführen, und zwar, in Folge der formalistischen Neigung der alten pontificalen Jurisprudenz, durch eine Form, welche die Befreiung des Schuldners mittelst der Umkehr des Eingehungsactes der obligatio (des contrarius actus) solenn constatirt.

Hierher gehört zunächst die nexi liberatio, welche als die Aufhebung der nexi obligatio (der Schuld aus dem solennen Damnationsdarlehn per aes et libram, oben S. 211) gedacht und stylisirt ist, obgleich sie nicht bloss der solennen Darlehnszahlung, sondern überhaupt der Zahlung aus der formalen Damnationsschuld alten Styls (Judicatsschuld, Damnationslegat, vgl. unten § 102) dient. Einst war die nexi liberatio echte Zahlung. Sie befreite den Schuldner durch das mit libripens und fünf Zeugen dem Gläubiger zugewogene aes und durch die Form, die certa verba nämlich, mit denen der Schuldner selber seine nun eingetretene Befreiung von der Schuld constatirte. Durch Einführung des gemünzten Geldes ward die nexi liberatio zur blossen Scheinzahlung. Zunächst so, dass sie die Form war, welche zu der (jetzt ausserhalb des Actes liegenden) Zahlung hinzukommen musste, um den Schuldner zu befreien[1]). Dann so, dass die blosse Form der nexi liberatio im Stande war, die nexi obligatio und die ihr gleichwirkende Judicatsschuld und Damnationslegatsschuld aufzuheben. Die nexi liberatio ward zu einer Form nicht blos der Zahlung, sondern ebenso des Erlasses, durch die solenne Form der Selbstquittung des Schuldners (unter Mitwirkung und also Zustimmung des Gläubigers) den Schuldner liberirend.

Wenn Schulden anderer Art zu zahlen waren, so ward die Rechtsförmlichkeit der Zahlung durch formelle Quittung des

---

1) Es war also 1) die Form der nexi liberatio (per aes et libram), und 2) die effective Zahlung nöthig. Die blosse Form befreite ursprünglich den Schuldner nicht. Vgl. oben S. 113 Note 11. Dies ist deutlich auch daran erkennbar, dass die nexi liberatio bis zuletzt nur eine Damnationsschuld auf darlehnsfähige Sachen (oben S. 162) aufzuheben im Stande war, dass also bis zuletzt die nexi liberatio ein materiell bestimmtes Geschäft blieb, eine Darlehnszahlung und Zahlung darlehnsähnlicher Schulden.

Gläubigers hergestellt. Auch für diese Quittung des Gläubigers ward von der Jurisprudenz der pontifices das Gesetz des contrarius actus durchgeführt. Ward eine litteris contrahirte Schuld (oben § 68) gezahlt, so musste die Quittung litteris, durch Eintragung der empfangenen Zahlung in die Hausbücher des Gläubigers (acceptilatio litteris), ward eine verbis contrahirte Schuld (§ 67) gezahlt, so musste die Quittung des Gläubigers verbis (acceptilatio verbis) formell ertheilt werden. Auch hier so, dass zunächst nur die Summe beider Acte: Zahlung und Quittung (welche zusammen den einen Act der rechtsförmlichen Zahlung darstellten) den Schuldner befreite, dann später so, dass die blosse Quittung als imaginaria solutio tilgende Kraft empfing.

So entstand die acceptilatio (verbis), der formale Erlassvertrag, welcher im klassischen Recht und ebenso im Corpus Juris eine grosse Rolle spielt. Er ist die stipulirte Quittung. Auf Frage des Schuldners bekennt der Gläubiger, das Geschuldete als vom Schuldner geleistet zu haben (Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? habeo). Diese Worte des Empfangsbekenntnisses heben nach klassischem Recht die Forderung des Gläubigers aus der Stipulation ipso jure auf, weil sie die alte Form der Zahlung darstellen, den contrarius actus für die verbis contrahirte obligatio. Aber nach dem Gesetz des contrarius actus kann nur die Verbalobligation, also die Stipulationsschuld, durch solche acceptilatio getilgt werden. Sollen andere Schulden durch acceptilatio getilgt werden, so müssen sie vorher durch Novation (unten unter 2) in eine Stipulationsschuld verwandelt worden sein. Ist eine Generalquittung und Decharge durch acceptilatio beabsichtigt, so wird das Formular der sog. stipulatio Aquiliana gebraucht, um alle Verpflichtungen des Einen gegen den Andern zunächst verbis zu noviren (in Stipulationsschuld zu verwandeln) und sodann verbis zu acceptoferiren.

Die acceptilatio litteris ist mit dem Litteralcontract abgekommen, und ist im justinianischen Recht die acceptilatio verbis daher die einzige Art der Acceptilation.

Unter den Gesichtspunkt des contrarius actus ist von den römischen Juristen auch die Aufhebung des Consensualcontracts mutuo dissensu gebracht worden. So lange noch von keiner

Seite geleistet ist, also lediglich der consensus als obligatorisches Moment existirt, kann die consensu contrahirte obligatio durch mutuus dissensus aufgehoben werden.

L. 80 D. de solut. (46, 3) (Pomponius): Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet, veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet: verbis veluti cum acceptum promissori fit; re veluti cum solvit, quod promisit. Aeque cum emtio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.

Gaj. Inst. III § 173: Est etiam alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex judicati causa debeatur. § 174. Eaque res ita agitur: adhibentur non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra: Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam; deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa. § 175. Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut judicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat; de eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere, numero constet, et ita si certum sit: quidam et de eo, quod mensura constat, idem existimant.

§ 1 I. quib. mod. obl. toll. (3, 29): Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur haec verba debitorem dicere: quod ego tibi promisi, habesne acceptum? et Titius respondeat: habeo. Sed et Graece potest acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet: *ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών.* Quo genere, ut diximus, tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id, quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem deduci, et per acceptilationem dissolvi.

§ 2 eod.: Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appella-

tur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est: QUIDQUID TE MIHI EX QUACUMQE CAUSA DARE, FACERE OPORTET, OPORTEBIT, PRAESENS IN DIEMVE, QUARUMQUE RERUM MIHI TECUM ACTIO, QUAEQUE ABS TE PETITIO, VEL ADVERSUS TE PERSECUTIO EST, ERIT, QUODQUE TU MEUM HABES, TENES, POSSIDES, POSSIDERESVE, DOLOVE MALO FECISTI, QUO MINUS POSSIDEAS: QUANTI QUAEQUE EARUM RERUM RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI STIPULATUS EST AULUS AGERIUS, SPOPONDIT NUMERIUS NEGIDIUS. ITEM EX DIVERSO NUMERIUS NEGIDIUS INTERROGAVIT AULUM AGERIUM: QUIDQUID TIBI HODIERNO DIE PER AQUILIANAM STIPULATIONEM SPOPONDI, ID OMNE HABESNE ACCEPTUM? RESPONDIT AULUS AGERIUS: HABEO ACCEPTUMQUE TULI.

§ 4 eod.: Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam, si Titius et Sejus inter se consenserunt, ut fundum Tusculanum emtum Sejus haberet centum aureorum, deinde, re nondum secuta, id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab emtione et venditione, invicem liberantur. Idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt.

2. Befriedigung des Gläubigers. Mit dem Eindringen des jus gentium in das jus civile machte sich die Rechtskraft der materiellen Befriedigung des Gläubigers als solcher geltend. Es bedarf nicht mehr der rechtsförmlichen Zahlung; es genügt die formlose Zahlung und was ihr gleich steht. Die Rechtsform der Zahlung einerseits, die Zahlung selber andererseits gehen ihren besonderen Weg. Der Rechtsform der Zahlung entspringen, wie sich soeben gezeigt hat, die formalen Erlassverträge; aus der von ihrer Form befreiten Zahlung aber wird die solutio des klassischen Rechts.

Solutio ist die Leistung des Geschuldeten, mag es sich um eine Darlehnsschuld, oder eine Miethsschuld, oder sonst eine Schuldverbindlichkeit handeln. Die solutio ist die Zahlung im materiellen Sinn und hat gemeinbefreiende Kraft, nicht bloss in bestimmten Fällen, wie die rechtsförmlichen Zahlungshandlungen des alten Civilrechts. Und zwar befreit sie um ihres Erfolges willen, unabhängig von ihrer äusseren Form. Es ist nicht nothwendig,

dass gerade der Schuldner zahle; es kann vielmehr (falls nicht die Natur der Leistung es verbietet) auch von jedem Dritten anstatt des Schuldners gezahlt werden. Es ist ferner nicht nothwendig, dass gerade dem Gläubiger geleistet sei. Es kann mit gleicher befreiender Wirkung auch an einen Andern gezahlt werden, z. B. an den Gläubiger des Gläubigers, oder an den solutionis causa adjectus (an welchen zu zahlen, der Gläubiger dem Schuldner verstattet hat)[2]. Es ist ferner nicht nothwendig, dass dem Gläubiger genau das Geschuldete geleistet werde. Ist der Gläubiger damit einverstanden, so tritt der gleiche befreiende Erfolg ein, wenn ihm etwas Anderes anstatt des Geschuldeten geleistet wird (sog. datio in solutum).

Der Zahlung verwandt ist die Novation, die Befriedigung des Gläubigers nicht durch Leistung, aber durch ein neues, streng einseitiges Zahlungsversprechen (stricti juris obligatio). Seitdem der Litteralcontract untergegangen, ist die Stipulation das einzige Mittel der Novation (vgl. oben S. 220). Sie verwandelt, sei es mit, sei es ohne Personenwechsel, die bestehende Schuld in eine Stipulationsschuld. Der Gläubiger ist besser gestellt als zuvor. Er braucht nicht mehr auf die ursprünglichen Verhältnisse zurückzugehen; es genügt, wenn er die Stipulation beweist. Diese processualische Verbesserung seiner Lage ist das Befriedigende in der Novation. Die frühere Schuld geht unter, vorausgesetzt nur, dass nicht eine accessorische Stipulation (ein zweiter Schuldgrund neben dem früheren), sondern wirkliche Novationsstipulation, d. h. Aufhebung der alten Schuld (ein neuer Schuldgrund anstatt des früheren) beabsichtigt war (sog. animus novandi).

pr. I. quib. mod. toll. obl. (3, 29): Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur, vel si quis, consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito, solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex

2) Der solutionis causa adjectus ist derjenige, an welchen der Schuldner zu zahlen laut Vertrages berechtigt ist; der Correalgläubiger dagegen, z. B. der adstipulator (oben S. 221) ist ein Dritter, an welchen zu zahlen der Schuldner gleichfalls verpflichtet ist. Der solutionis causa adjectus kann gegen den Schuldner nicht klagen, wohl aber der adstipulator.

contrario contingit, si fidejussor solverit. Non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

§ 3 eod.: Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si id, quod tu Sejo debeas, a Titio dari stipulatus sit. — Sed, cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere.

3. Unmöglichwerden der Erfüllung. Die Erfüllung der Obligation kann unmöglich werden durch casus, nämlich durch vom Schuldner nicht verschuldeten Untergang der Sache, und durch confusio, d. h. durch Zusammentreffen der Gläubiger- und Schuldnereigenschaft in derselben Person, z. B. in Folge Erbgangs, auch durch sog. concursus causarum lucrativarum (das aus Schenkung oder Vermächtniss Geschuldete wird anderweitig geschenkt oder vermacht). In allen drei Fällen ist der Zweck der Obligation nicht mehr erreichbar, und geht die Forderung, soweit die Wirkung von casus, confusio, concursus causarum lucractivarum reicht, ipso jure zu Grunde.

L. 33 D. de V. O. (45, 1) (Pomponius): Si Stichus certo die dare promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor.

L. 95 § 2 D. de solut. (46, 3) (Papinian.): Aditio hereditatis nonnumquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem.

L. 17 D. de O. et A. (44, 7) (Julian.): Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.

II. Ope exceptionis wirkende Aufhebungsgründe.

1. Das pactum de non petendo, d. h. der formlose Erlassvertrag, wird vom prätorischen Recht als allgemeiner Aufhebungsgrund der Obligation behandelt, aus welchem Grunde dieselbe auch entstanden sei, während die formalen Erlassverträge des Civilrechts nur nach dem Gesetz des contrarius actus wirksam sind (oben I, 1), die acceptilatio (verbis) also nur die Stipulationsschuld aufzuheben im Stande ist. Wird aus einem bonae fidei

negotium geschuldet, so bewirkt ein Nachlassvertrag allerdings auch nach Civilrecht (ipso jure), dass aus dem bonae fidei negotium nichts mehr gefordert werden kann, weil die Forderung einer erlassenen Schuld der bona fides widersprechen würde, aber der Erlassvertrag wirkt hier nicht als solcher um des Erlasses willen, sondern er wirkt, gleich einer Reihe von andern undefinirbaren Umständen, lediglich um der bona fides willen. Handelt es sich um ein negotium stricti juris, so ist der Erlassvertrag (soferne er nicht die Erfordernisse des contrarius actus erfüllt) nach Civilrecht unwirksam: der Schuldner muss dennoch zahlen, denn der Erlassvertrag ist als solcher dem Civilrecht unbekannt. Der Prätor aber giebt dem Verklagten exceptio pacti de non petendo: nach prätorischem Recht ist der Erlassvertrag als solcher wirksam. Sollte aber etwa später ein neues Uebereinkommen unter den Parteien dahin geschlossen worden sein, dass doch gezahlt werden solle (pactum de petendo), so wird die exceptio pacti de non petendo durch replicatio pacti de petendo elidirt werden können, und wird also dennoch aus der ursprünglichen Forderung wirksam geklagt werden. Das pactum de non petendo, weil blos nach prätorischem Recht wirksam, erzeugt eine blosse Hemmung der Obligation, und daher einen Aufhebungsgrund, welcher seinerseits aufhebbar ist.

§ 3 I. de except. (4, 13): Praeterea debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit: SI PARET, EUM DARE OPORTERE. Sed, quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

2. Die Compensation, d. h. die Aufrechnung mit einer gleichartigen Gegenforderung, war bei bonae fidei judicia ein zweifelloses (ipso jure zuständiges) Recht des Beklagten; es widersprach der bona fides, den Beklagten zu verurtheilen, soweit der Kläger ihm Gleichartiges seinerseits zu leisten hatte. Und dies galt nicht blos, wenn die Gegenforderung des Beklagten ex eadem causa (aus demselben bonae fidei negotium, aus welchem der Kläger klagte), entsprungen war; es galt ebenso dann, wenn die Gegenforderung des Beklagten ex dispari causa ihren Ursprung genommen hatte. Es widersprach überhaupt der bona fides, den

Beklagten zu verurtheilen, soweit er aus irgend einem Grunde das Gleiche seinerseits von dem Kläger zu fordern berechtigt war. Aber es war auch hier nicht ein Compensationsrecht des Beklagten, welches vom Civilrecht als solches anerkannt worden wäre, sondern nur die eigenthümliche Beschränkung des klägerischen Rechts bei bonae fidei judicia (nur das fordern zu dürfen, was der bona fides entsprechend ist), womit jene Beschränkung der beklagtischen Condemnation nach Civilrecht in solchen Fällen gegeben war. Der aus einem bonae fidei negotium Verklagte ward ipso jure gemäss dem Civilrecht freigesprochen (oder zu weniger verurtheilt) nicht um eines dem Beklagten zuständigen Compensationsrechts als solchen willen, sondern lediglich um der bona fides willen.

Der Mangel eines beklagtischen Compensationsrechts zeigte sich sofort bei den stricti juris actiones. Der Verklagte ward nach Civilrecht aus dem Darlehn condemnirt, wenn er auch seinerseits eine ebenso grosse Capitalgegenforderung gegen den Kläger geltend zu machen im Stande war[3]. Aber der Prätor machte das Dasein einer compensablen Gegenforderung auch für die actiones stricti juris relevant.

Berief sich der Beklagte in jure, also in dem ersten Stadium des Processes vor dem Magistrat, bevor noch die formula ertheilt war (oben S. 106), auf eine compensable Gegenforderung, so inserirte der Prätor eine exceptio doli (generalis) in die formula (oben S. 145). Er behandelte es als eine Unbilligkeit seitens des Klägers, wenn dieser seine Forderung aus dem negotium stricti juris ohne Rücksicht auf eine compensable Gegenforderung des Beklagten geltend machte: nach Civilrecht war das zulässig, aber der Prätor wollte es nicht dulden. Der Erfolg einer solchen exceptio doli (auf Grund compensabler Gegenforderung) war jedoch nicht die Compensation, sondern (falls der Beklagte in judicio das Dasein seiner Gegenforderung darthat) die Absolution des Beklagten, ohne Rücksicht auf die Höhe seiner Gegenforderung. Auch der Prätor hatte der actio stricti juris gegenüber noch keine Compensation eingeführt, sondern nur

3) Bei negotia stricti juris ist wegen ihrer Natur als lediglich einseitig verbindlicher Geschäfte keine Gegenforderung ex eadem causa, sondern immer nur eine Gegenforderung ex dispari causa möglich.

einen indirecten Zwang für den Kläger, dass dieser bei Anstellung seiner Klage (genauer: vor Ertheilung der formula, also vor der litis contestatio) seinerseits compensire, um nicht der ganzen Forderung verlustig zu gehen.

Den Fortschritt bewirkte hier ein Rescript von Marc Aurel: der exceptio doli, welche im stricti juris judicium auf Grund einer compensabeln Gegenforderung der formula inserirt wurde, ward Compensationswirkung beigelegt. Der Beklagte ward also auf Grund seiner exceptio doli jetzt in solchem Fall nicht mehr schlechtweg von der ganzen Schuld, sondern nur soweit freigesprochen, als seine Gegenforderung reichte. Noch immer aber blieb das prätorische Rechtsmittel der exceptio doli nothwendig, damit der Beklagte sein Compensationsrecht der actio stricti juris gegenüber geltend machen könne: er musste also nach wie vor bei stricti juris judicia schon in jure auf die Gegenforderung sich berufen, damit die exceptio doli in die Formel aufgenommen werde. Sein Compensationsrecht war ihm noch immer nicht ipso jure nach Civilrecht, sondern nur ope exceptionis, nach prätorischem Recht, zuständig.

Aber es war eine eigenthümliche Art von exceptio, diese exceptio doli mit Compensationswirkung. Das Wesen der exceptio ist, „ausnahmsweise" die Freisprechung des Beklagten herbeizuführen (oben S. 141. 146). Hier war eine exceptio eingeführt, welche nicht über das Ob der Condemnation, sondern über den Inhalt der Condemnation entscheiden sollte [4]). Es war eine exceptio, welche sachlich vielmehr keine exceptio („Ausnahme" von dem Condemnationsbefehl), sondern vielmehr eine Interpretation des Condemnationsbefehls bedeutete. Das Recht des Klägers auf Condemnation ward jetzt durch diese exceptio doli nicht mehr alterirt (das Bedingungsverhältniss von intentio und condemnatio ward nicht verändert): es war nur die Frage, zu wieviel der Beklagte würde condemnirt werden. So hatte früher schon der Prätor dem bonorum emtor (oben S. 151) eine Klage nur „cum

4) Wenn Paulus in l. 22 pr. D. de except. (44, 1) sagt: Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem, so ist hier die exceptio doli, welche die Compensation vermittelt, bereits berücksichtigt, aber zugleich tritt der innere Widerspruch, welcher in einer conditio, quae minuit damnationem liegt, klar hervor.

deductione" gegeben. Wenn der bonorum emtor aus einer Forderung des Concursschuldners klagte, so ward der Richter angewiesen, den Beklagten nur „unter Abzug" dessen zu verurtheilen, was dieser etwa seinerseits als Gläubiger des Concursschuldners vom bonorum emtor zu fordern hatte. Die condemnatio ward dadurch zu einer incerti condemnatio, auch wenn das Forderungsrecht des bonorum emtor auf ein certum gerichtet war[5]. So war denn jetzt die exceptio doli auf Grund einer Gegenforderung das Mittel, um die actio stricti juris schlechtweg in eine Klage mit condemnatio incerti zu verwandeln.

War die exceptio doli gebraucht und sodann die Gegenforderung im Process dargethan worden, so fragte es sich: welche Wirkung der Richter der Gegenforderung beizulegen habe. Sollte es so angesehen werden, als werde die klägerische Forderung jetzt erst um den betreffenden Betrag getilgt, in Folge des vom Richter anerkannten Compensationsbegehrens des Beklagten? Oder sollte es so angesehen werden, als ob die klägerische Forderung um den entsprechenden Betrag schon damals getilgt worden wäre, als die Gegenforderung ihr gegenübertrat? Die Forderung des Klägers war z. B. verzinslich, die Gegenforderung des Beklagten war unverzinslich. Bei der ersteren Art der Behandlung konnte der Kläger die Zinsen der Zwischenzeit fordern, in dem andern Fall nicht. Die Frage war: handelt es sich bei der Compensation um Disposition, um ein Begehren des Verklagten, jetzt den Compensationsvertrag mit dem Kläger abzuschliessen (dann muss die Compensation nur für die Zukunft wirken, nicht auch für die Vergangenheit); oder handelt es sich um einfache Allegation einer Thatsache (der Gegenforderung), welche auch ohne Zuthun des Beklagten und ohne Willen des Klägers von selber die verpflichtende Kraft

5) Anders ward der argentarius, der Bankier, behandelt, welchen der Prätor nöthigte, aus dem Contocurrentverhältniss „cum compensatione" zu klagen, weil das auf eine Reihe von Zahlungen und Gegenzahlungen gerichtete Contocurrentverhältniss nicht zur Zahlung der einzelnen Posten, sondern zur Zahlung nur des Saldo obligirt. Die intentio ward hier auf den Saldo gestellt, auf das, was der Kläger „mehr" von dem Anderen zu fordern hatte, so dass hier bei certa intentio der Kläger genau das in der intentio angegebene Plus haben musste, um den Process zu gewinnen, während bei dem agere cum deductione das Mass, um welches die Forderung durch Gegenforderung gemindert werden würde, in der formula dahin gestellt blieb.

des klägerischen Rechts auf das Plus beschränkte? Im letzteren Fall muss die Compensation rückwärts wirken bis zum Augenblick der entstandenen Gegenforderung. Die römische Jurisprudenz hat sich für die zweite Alternative entschieden, und drückt dies in dem Satz aus: ipso jure compensari. Immer aber bewirkt die Entstehung der Gegenforderung als solche nur eine provisorische Bindung der anderen Forderung, nicht unmittelbar die Aufhebung derselben. Damit die Bindung zur Aufhebung werde, ist entweder freier Compensationsvertrag der Parteien, oder die siegreich durchgeführte Compensationseinrede im Process nothwendig. In beiden Fällen wird dann definitiv die eine Forderung an und durch die andere gebunden und damit aufgehoben. Bevor die definitive Bindung erfolgt ist, kann die provisorische Bindung durch Zahlung der einen Schuld, auch durch Compensation mit einer anderen Gegenforderung rückgängig gemacht werden. So bedeutet die Gegenforderung immer nur einen ipso jure wirkenden Compensationsgrund, welcher sofort die Kraft des gegnerischen Forderungsrechts zu Gunsten des Schuldners lähmt, — eine Wirkung, welche durch andere Vorgänge wieder rückgängig gemacht werden kann, — niemals aber einen ipso jure wirkenden Aufhebungsgrund. Die Aufhebung in Folge der Gegenforderung erfolgt nicht ipso jure, sondern immer erst durch den Vertrag oder das richterliche Urtheil — und dies richterliche Urtheil hat im stricti juris judicium nach wie vor die vom Prätor gewährte exceptio doli zur Voraussetzung. Die aufhebende Wirkung der Gegenforderung tritt also im Process jetzt wie einst kraft prätorischen Rechtes (ope exceptionis), nicht kraft Civilrechts (ipso jure) ein — trotz des: ipso jure compensari. Justinian hat dann die Compensationseinrede zu einem im processualischen Sinne ipso jure wirkenden Vertheidigungsgrund gemacht. Nach justinianischem Recht kann die Compensationseinrede zu jeder Zeit im Process vorgebracht werden, ohne dass der Richter irgend welcher besonderen Ermächtigung zur Berücksichtigung derselben bedürfte. Die einzige Voraussetzung ist (relative) Liquidität der Gegenforderung, d. h. ihr Beweis darf keine Verzögerung des Processes verursachen. In diesem Sinne ist die Compensationseinrede jedem Anspruch, auch dem mit dinglicher Klage geltend gemachten gegenüber (es wird z. B. mit

der dinglichen Klage Schadensersatz gefordert) von Justinian zugelassen worden, nur bestimmte Fälle, z. B. die actio depositi directa, ausgenommen. Aber auch nach justinianischem Recht wirkt die Gegenforderung privatrechtlich keine Aufhebung der anderen Forderung ipso jure, sondern nur einen Hemmungsgrund, welcher erst durch Vertrag oder Urtheil in einen Aufhebungsgrund sich verwandelt.

L. 1 D. de compensat. (16, 2) (MODESTINUS): Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

L. 21 eod. (PAULUS): Posteaquam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

L. 11 eod. (ULPIAN.): Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

§ 30 I. de act. (4, 6): In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat. Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascumque; excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

3. Ueber die Aufhebung der Forderung durch litis contestatio vgl. oben S. 118. 124.

Die capitis deminutio, auch die minima (vgl. oben S. 86), hob nach Civilrecht die Schulden des capite minutus auf. Der Prätor machte diesen Untergang der Forderungsrechte unschädlich, indem er den Gläubigern in integrum restitutio ertheilte.

L. 2 § 1 D. de cap. min. (4, 5): Ait Praetor: QUI QUAEVE, POSTEAQUAM QUID CUM HIS ACTUM CONTRACTUMVE SIT, CAPITE DEMINUTI DEMINUTAE ESSE DICENTUR, IN EOS EASVE PERINDE, QUASI ID FACTUM NON SIT, JUDICIUM DABO.

Drittes Buch.

Familien- und Erbrecht.

Erstes Kapitel.

Das Familienrecht.

§ 77.

Einleitung.

Die Familienverhältnisse sind, insofern sie durch rechtliche Regelung den Charakter von Rechtsverhältnissen empfangen, theils Gewaltverhältnisse, theils Vermögensverhältnisse. Dem Privatrecht würde seinem Begriff nach nur die Darstellung der Familien-Vermögensverhältnisse zufallen (oben S. 72), das sog. Familiengüterrecht. Da aber die Natur dieser Vermögensverhältnisse durch die Natur der entsprechenden Gewaltverhältnisse bedingt ist, so wird die Darstellung des sog. reinen Familienrechts (des Rechts der Familiengewaltverhältnisse) mit der Darstellung des Familienprivatrechts (des Rechts der Familienvermögensverhältnisse) verbunden.

Die Familie erzeugt dreierlei Gewaltverhältnisse und dem entsprechend dreierlei Arten von Vermögensverhältnissen: das eheliche Verhältniss (mit dem ehelichen Güterrecht), das väterliche Verhältniss (mit dem väterlichen Güterrecht), das vormundschaftliche Verhältniss (mit dem vormundschaftlichen Güterrecht). Das Familienrecht zerfällt daher in drei Theile: Eherecht, Recht der patria potestas, Recht der Vormundschaft.

Vorauszuschicken ist im Folgenden die Lehre von dem Begriff und der Gliederung der Familie, um damit die Grundlage des gesammten Familienrechts zu gewinnen.

§ 78.

Die Familie.

I. Der Begriff der Familie. Die Familie im Sinn des römischen Civilrechts ist die Agnatenfamilie, d. h. die Gesammtheit Aller, welche durch die Gemeinschaft der patria potestas mit einander verbunden sind. Agnaten sind alle diejenigen, welche unter derselben patria potestas stehen oder stehen würden, falls der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Die Blutsverwandtschaft ist nicht genügend, um die Agnation hervorzubringen. Die Mutter ist als solche nicht Agnatin ihrer leiblichen Kinder, sondern nur dann, wenn sie (die Mutter) in Folge der Ehe in die manus, d. h. in die patria potestas ihres Ehemannes eingetreten, also durch die Gemeinschaft der patria potestas mit ihren Kindern verwandt ist: sie ist dann die agnatische Schwester ihrer Kinder. Ferner: die Enkel von der Tochter sind nicht agnatisch mit dem Grossvater verwandt, weil sie in die patria potestas ihres Vaters (bezw. des väterlichen Grossvaters, vgl. oben S. 83) fallen, also mit dem Grossvater mütterlicher Seite nicht durch das Mittel der patria potestas zusammenhängen. Umgekehrt ist die Blutsverwandtschaft für das Dasein der Agnation nicht nothwendig. Ueberall da, wo durch Adoption, in manum conventio, die patria potestas kraft Rechtsgeschäftes künstlich entsteht, wird zugleich die Agnation nicht blos mit dem Adoptirenden, dem Ehemann, sondern auch mit der ganzen übrigen agnatischen Verwandtschaft des neuen Anverwandten begründet, weil die Gemeinschaft der patria potestas das nach Civilrecht für die Verwandtschaft allein entscheidende Moment ist.

Die civilrechtliche Familie der Agnaten stellt die Hausgenossenschaft dar. Die Gemeinschaft der patria potestas, welche entweder wirklich noch besteht oder doch idealerweise in ihren Wirkungen fortlebt, bedeutet die Gemeinschaft des Hauses im technischen Sinn des Wortes. Das bestimmende Moment dieser

Gemeinschaft ist die Verwandtschaft von der Vaterseite (per virilem sexum), ihre formelle Grundlage ein rechtliches Verhältniss, die patria potestas, welches sowohl künstlich erzeugt (die vorhin schon genannten Fälle der Adoption, in manum conventio) sowie auch künstlich aufgehoben werden kann (die Fälle der capitis deminutio minima, oben S. 86).

Das jus gentium hat einen anderen Begriff von der Familie. Die Familie des jus gentium ist die Cognatenfamilie. Cognation ist die auf Blutsgemeinschaft ruhende Verwandtschaft. Die Mutter ist die geborene Repräsentantin des cognatischen, wie der Vater des agnatischen Princips. Ja, vielleicht gab es eine Zeit, wo die Cognation nur durch Verwandtschaft von der Mutterseite erzeugt ward, wie die Agnation umgekehrt nur durch Verwandtschaft von der Vaterseite. In historischer Zeit wird die Cognation durch Verwandtschaft von der Vater- wie von der Mutterseite begründet. Die Agnation erscheint nicht mehr als der Gegensatz, sondern nur als der engere Kreis innerhalb der Cognation.

Das Wesen der Cognation ist Blutsgenossenschaft, nicht Hausgenossenschaft, ihre Grundlage ein natürliches, nicht ein rechtliches Verhältniss. Daher kann die Cognation, anders als die Agnation, weder künstlich aufgehoben noch auch (als solche) künstlich begründet werden. Doch hat das Eintreten der agnatischen Verwandtschaft in den Kreis der Cognaten bewirkt, dass die künstliche Erzeugung der Agnation zugleich auch Cognatenrechte giebt, in diesem Sinne also auch die Cognation hervorbringt.

Der Gang des römischen Familien- und Erbrechts war dieser, dass das altrömische Civilrecht nur die Agnation berücksichtigte, dann, insbesondere durch den Prätor, die Berücksichtigung auch der Cognation aufkam, bis endlich durch die Kaisergesetzgebung die Cognation den Sieg davon trug. Die letzte Arbeit vollbrachte auch in dieser Hinsicht Justinian, zum Theil erst durch seine Novellengesetzgebung. Wie einst nur die Agnation, so ward jetzt nur die Cognation von entscheidender Bedeutung. Die Familie des jus gentium siegte über die Familie des jus civile.

§ 1 I. de leg. agn. tutela (1, 15): Sunt autem adgnati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus

et patrui filius, neposve ex eo. At, qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali jure cognati.

L. 10 § 4 D. de gradibus (38, 10) (Paulus): Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem. Nam, qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem, qui cognatus est, et adgnatus est. Alterum enim civile, alterum naturale nomen est.

L. 195 § 5 D. de V. S. (50, 16) (Ulpian.): Mulier autem familiae suae et caput et finis est.

II. Die Gliederung der Familie. Die Familie gliedert sich in Ascendenten und Descendenten einerseits, in Seitenverwandte andererseits. Ascendenten und Descendenten sind mit einander in gerader Linie (linea recta) verwandt: der Eine stammt von dem Andern ab. Seitenverwandte sind mit einander in der Seitenlinie (linea transversa oder obliqua) verwandt: sie stammen von einem gemeinschaftlichen Dritten ab.

Die Nähe oder der Grad der Verwandtschaft, sowohl in gerader Linie wie in der Seitenlinie, bestimmt sich nach der Zahl der Zeugungen, welche zwischen den beiden Personen liegen, nach deren Verwandtschaft gefragt wird. Quot generationes, tot gradus. Der Vater ist also mit seinem Kinde im ersten Grade, mit seinem Enkel im zweiten Grade, Geschwister sind mit einander im zweiten Grade verwandt u. s. w. Vollbürtig heisst die Seitenverwandtschaft, wenn Vater und Mutter gemeinsam sind, halbbürtig heisst sie, wenn nur entweder der Vater oder die Mutter gemeinsam ist. Vollbürtige Geschwister (heute als germani bezeichnet) und Geschwister, welche nur den Vater gemeinsam haben, heissen bei den Römern consanguinei, Geschwister, welche nur die Mutter gemeinsam haben, uterini. Mehrfache Verwandtschaft kommt dann vor, wenn bereits die Eltern mit einander verwandt sind. Affinität (Schwägerschaft) ist das verwandtschaftsähnliche Verhältniss des einen Ehegatten zu den Cognaten des andern. Aussereheliche Geburt erzeugt eine Verwandtschaft nur mit der Mutter und deren Anverwandten, nicht mit dem ausserehelichen Vater.

Die Gentilen des altrömischen Rechts waren Geschlechtsvettern, einen weiteren Verband über der Familie bildend von öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Bedeutung (vgl. z. B. unten § 98). Später ist daraus, indem das Bewusstsein der

Zusammengehörigkeit verloren ging, eine blosse Namensvetterschaft geworden, welche rechtlich ohne Wirkung ist.

L. 1 pr. D. de grad. (38, 10) (GAJUS): Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex transverso sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes, inferioris liberi, ex transverso sive a latere fratres et sorores liberique eorum. § 1. Sed superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit; ex transverso sive a latere nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo.

L. 10 § 14 eod. (PAULUS): Avia paterna mea nupsit patri tuo, peperit te; aut avia paterna tua nupsit patri meo, peperit me: ego tibi patruus sum et tu mihi.

Cicero Top. c. 6: Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est. Nihil enim video, Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse.

Gaj. Inst. III § 17: Et cum illic admonuerimus, totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de eadem re curiosius tractare.

I. Das Eherecht.

§ 79.

Ehe und Eheschliessung.

Die Ehe ist die gesetzmässige volle Verbindung von Mann und Frau zu gegenseitiger Lebensgemeinschaft. Zu dieser vollen Verbindung gehört nach altrömischem Recht die volle Gewalt des Mannes über die Person der Frau (manus mariti). Die Ehe wird deshalb durch das altherkömmliche Geschäft des Brautkaufs (coëmtio) geschlossen: die Tochter wird ihrem Gewalthaber abgekauft [1]), um durch Erwerb der eheherrlichen Gewalt das

1) Später verkauft die Frau sich selbst, gerade wie in Deutschland an die Stelle der Verlobung durch den väterlichen, bezw. vormundschaftlichen Gewalthaber später die Selbstverlobung der Tochter tritt, welche dann auch das Handgeld des Käufer-Bräutigams selbst empfängt.

Rechtsverhältniss der Ehe hervorzubringen. Daneben ist eine sacrale Form der Eheschliessung, die confarreatio, aufgekommen: ein unter gewissen Ceremonien mit vorgeschriebenen feierlichen Worten (certa verba) dem Jupiter dargebrachtes Opfer erzeugte in solenner Weise Opfergemeinschaft und damit Lebensgemeinschaft der Ehegatten, und dann, weil beides als untrennbar erscheint, den Eintritt der Ehefrau in die manus mariti. Die coëmtio lässt das Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft aus dem Erwerb der Gewalt über die Frau, die confarreatio umgekehrt die Gewalt über die Frau aus dem Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft hervorgehen. Es ist klar, dass die coëmtio den Styl älterer Zeiten hat. Sie ist daher auch die gemeine Eheschliessungsform für alle römischen Bürger, für die plebejische wie für die patricische Ehe. Die confarreatio ist später aufgekommen, eine besondere priesterliche Eheschliessungsform für den besonderen Stand der Patricier.

Diese Manus-Ehe mit ihren besonderen strengen Wirkungen für Person und Vermögen der Frau (unten § 80) gehört dem eigenthümlich römischen jus civile an. Der Peregrine ist daher von solcher Ehe sowie von den Formen, welche dieselbe hervorbringen, ausgeschlossen. Das jus connubii des römischen Bürgers, welches seit der lex Canuleja (443 v. Chr.) auch für die Eheschliessung zwischen Patriciern und Plebejern gegeben ist, besteht in dem Recht, eine solche römische Ehe mit manus abzuschliessen.

Das Wesen der Ehe fordert so sehr die eheherrliche manus, dass die manus nach altem Civilrecht auch da, wo die Ehe ohne die nöthige Form eingegangen wurde, von selber eintritt, wenn der ernstliche Wille ehelichen Verhältnisses durch die thatsächlich ununterbrochen fortgesetzte eheliche Gemeinschaft zweifellos geworden ist. Wie die Braut gekauft wird, so kann sie auch ersessen werden. Der eine Satz war nicht minder als der andere eine Consequenz der alten Anschauung, welche die Tochter gleich einem dem Vater gehörigen Vermögensobject behandelte. Grundstücke ersass man in einem Jahr; für alles Andere (ceterae res) galt einjährige Ersitzungsfrist (oben S. 173). So ward also die fremde Tochter, welche man ohne rechtmässigen Kauf oder ohne confarreatio heimgeführt hatte, in einem Jahr

ersessen. Damit entstand die manus, wie man sagte, usu, und mit der manus dann die volle, rechte Ehe römischen Civilrechts.

Diese ganze Entwickelung hat sehr früh stattgefunden, wie sie ja auch an sich die Züge hohen Alters trägt. Zur Zeit der 12 Tafeln war die Usus-Ehe bereits in voller Anerkennung und sehr häufiger Anwendung. Ja, noch mehr, die 12 Tafeln bezeugen, dass die Grundlage der Usus-Ehe, die alte Idee von der Unentbehrlichkeit der manus für die rechte Ehe, schon in's Wanken gerathen ist. Ein neues Eherecht kündigt sich an.

Das ununterbrochene Zusammenleben ist das Kennzeichen ehelicher Gemeinschaft. Entzieht die Frau sich dem Mann während des Usucapionsjahrs, sei es auch nur, um ihren Vater zu besuchen, so ist der usus des Mannes unterbrochen (usurpatio), und kommt keine Usus-Ehe zu Stande. Das alte Recht sieht nur auf die Form, auf die Erscheinung, nicht auf die Absicht, welche der zeitweiligen Trennung der Ehegatten etwa zu Grunde liegt. Es wird für die Usus-Ehe im strengen Sinne des Worts ununterbrochene Gemeinschaft (während des Usucapionsjahrs) gefordert. Auch die Usus-Ehe hat in diesem Sinne ihre Form.

Auf die usurpatio, welche den usus des ersten Ehejahres unterbricht und seine Wirkung aufhebt, bezog sich ein Zwölftafelgesetz. Es stellte fest, dass die usurpatio eingetreten sei, wenn die Frau auch nur während dreier aufeinander folgender Nächte (trinoctium) nicht im Hause des Mannes war. Es erklärte ferner, dass ein solches trinoctium, alljährlich wiederholt, genüge, um das Zustandekommen der manus für die Ehe dauernd auszuschliessen.

Hier sind bereits ganz andere Gesichtspunkte lebendig als die, welche einst die Usus-Ehe erzeugt hatten. Es ist klar, dass dies trinoctium der 12 Tafeln eine blos symbolische Unterbrechung der Gemeinschaft ist. Die eheliche Gemeinschaft soll nur zum Schein unterbrochen werden, lediglich um den Eintritt der manus mariti auszuschliessen. Es giebt eine Ehe ohne manus. Das ist der neue Gedanke, welcher hier deutlich vor uns liegt. Das alte Recht hatte vorausgesetzt, dass die usurpatio (die ernsthafte Aufhebung der Gemeinschaft) den Mangel des Ehewillens bedeute. Jetzt gab es eine usurpatio (durch blosses trinoctium) trotz des Vorhandenseins des Ehewillens. Es war ein Wille da, welcher auf Ehe, aber ohne manus, gerichtet war, und

dieser Wille hatte in den 12 Tafeln seine Anerkennung gefunden. Die zwölf Tafeln haben die Usus-Ehe so wenig eingeführt, dass sie vielmehr die Auflösung derselben bezeugen.

Die formlose Eheschliessung (ohne coëmtio, confarreatio) hatte in demselben Augenblick ein Moment der Rechtmässigkeit empfangen, in welchem die Entstehung der manus durch usus anerkannt war. War der Mann in Usucapionsbesitz befindlich, war es also gewiss, dass er über's Jahr der rechte Herr und Gemahl seiner Frau sein würde, so war schon vor Ablauf des Jahres kein blosses thatsächliches aussereheliches Verhältniss, sondern ein rechtliches, vom Gesetz anerkanntes und mit Wirkung bekleidetes Verhältniss, ein Eheverhältniss da. Wie der Usucapionsbesitz an der Sache die Idee des Eigenthums (oben S. 180), so schloss der Usucapionsbesitz an der Frau schon vor Ablauf der Usucapionszeit die Idee der Ehe in sich. Weil jedoch die manus fehlte, so kam mit der formlos eingegangenen Ehe die Ehe ohne manus auf, und diese Ehe ohne manus galt bereits zur Zeit der 12 Tafeln so sehr als Ehe, dass der Gebrauch des trinoctium häufig war, um den Eintritt der manus von der Ehe fern zu halten.

So gab es also schon zur Zeit der 12 Tafeln eine doppelte Ehe: eine Ehe mit manus, und eine Ehe ohne manus. Jene (die sog. strenge Ehe) war ein Institut des jus civile im technischen Sinn, durch negotia juris civilis (coëmtio, confarreatio), bezw. durch usus (der gleichfalls juris civilis ist, oben S. 165) begründet. Von der Ehe mit manus ist deshalb der Peregrine ausgeschlossen. Diese, die Ehe ohne manus (sog. freie Ehe), ist die Ehe nach jus gentium. Sie ist auch dem Peregrinen zugänglich. Sie kommt durch formlosen Eheschliessungsact zu Stande. Dort führt die Frau den Ehrennamen materfamilias, hier ist die Frau nur uxor. Die spätere Entwickelung hat auch hier das jus civile durch jus gentium beseitigt. Die formlose „freie" Ehe trägt in der Kaiserzeit den Sieg davon. Coëmtio und confarreatio verschwinden. Der Usus hat keine Wirkung mehr (es bedarf des trinoctium nicht). Nach justinianischem Recht wird die Ehe für die Regel durch jegliche Consenserklärung in irgend welcher Form geschlossen (consensus facit nuptias), vorausgesetzt dass der Consens auf präsente eheliche Gemeinschaft gerichtet ist, und

dass daher mit dem Consens die Ausführung desselben durch thatsächlichen Beginn der ehelichen Gemeinschaft (gewöhnlich durch die feierliche deductio in domum solennisirt) sich verbindet. Die Ehe wird nach römischem Recht durch consensus nuptialis, nicht aber durch consensus sponsalitius, den auf künftiges eheliches Verhältniss gerichteten Verlobungsconsens (welchem das in Stipulationsform abgegebene Eheversprechen entspricht) geschlossen.

Eine Ehe minderen Rechtes war der Concubinat, welchen die kaiserliche Gesetzgebung (seit Augustus) gleichfalls als eine Form gesetzmässiger Verbindung von Mann und Frau zu gegenseitiger Lebensgemeinschaft anerkannte. Die Concubine heisst aber nicht uxor, noch theilt sie Rang und Stand des Mannes, noch fallen die Concubinenkinder (technisch als liberi naturales bezeichnet) in die patria potestas ihres Erzeugers. Durch bestehende Ehe wird der Concubinat ausgeschlossen. Der Concubinat hat gleich der vollen Ehe monogamische und darum jedes andere gleichartige Verhältniss ausschliessende Natur.

Contubernium ist die Sklavenehe, welche blos thatsächlich, nicht rechtlich eine Ehe ist.

§ 1 I. de patr. pot. (1, 9): Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens.

L. 1 D. de ritu nupt. (23, 2) (Modestin.): Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.

Cicero Top. c. 3: Genus enim est uxor; ejus duae formae, una matrumfamilias, earum quae in manum convenerunt, altera earum, quae tantummodo uxores habentur.

Gaj. Inst. I § 110: Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coëmtione. § 111. Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat. Quae enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset, atque eo modo usum cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. § 112. Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Jovi farreo fit, in quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicitur. Conplura praeterea, hujus juris

ordinandi gratia, cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est. § 113. Coëmtione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit is mulierem, cujus in manum convenit.

Pauli Sent. rec. II tit. 20: Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur.

Eod. tit. 19 § 6: Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest.

Ulp. fragm. tit. 5 §§ 2—5: Justum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit. — Conubium est uxoris jure ducendae facultas. Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis, cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Cum servis nullum est conubium.

L. 30 D. de R. I. (50, 17) (Ulpian.): Nuptias non concubitus, sed consensus facit.

§ 80.

Die eheherrliche Gewalt.

Die manus mariti ist die eheherrliche Gewalt alten Styls. Sie ist ein Analogon der patria potestas. Die uxor in manu (materfamilias) ist in Folge der manus rechtlich filiaefamilias loco. Für sie gilt Kindesrecht in Bezug auf das Verhältniss zu ihrem Mann, sowohl in Bezug auf das Gewaltverhältniss, wie in Bezug auf das Vermögensverhältniss. Sie ist (darin äussert sich das Gewaltverhältniss), gleich dem Kinde, der vollen Zucht-, ja unter Umständen Tödtungsgewalt, ja dem Recht des Mannes unterworfen, sie in die Knechtschaft zu verkaufen. Nur das Herkommen verpflichtet den Mann, in schwereren Fällen ein Familiengericht (judicium propinquorum) zu berufen. Aber auch dann ist es die private Gewalt des Mannes und seiner Familie, welcher die Frau in Bezug auf Tod und Leben unterworfen ist. Erst die spätere Entwickelung, welche überhaupt die Stellung des Hauskindes verbesserte, hat hier auch die Wirkung der manus abgeschwächt. Andererseits (darin äussert sich das Vermögensverhältniss) erwirbt die Frau, gleich dem Hauskinde, Alles was sie er-

wirbt, ihrem Manne, und ihr Vermögen, welches sie einbringt, fällt mit Rechtsnothwendigkeit als Ganzes (per universitatem) an ihren Mann (vgl. unten S. 278). Weil die Eingehung der Ehe mit manus die Frau in ein neues Kindesverhältniss, d. h. unter eine andere patria potestas bringt, so wechselt sie mit der patria potestas die Agnatenfamilie, und erleidet durch die conventio in manum eine capitis deminutio minima (S. 86).

In Bezug auf das Verhältniss zu ihren Kindern gilt für die Frau in manu Geschwisterrecht. In der durch die patria potestas geschaffenen und getragenen Agnatenfamilie (oben S. 267) kann die Frau rechtlich niemals Herrin oder auch nur Mitherrin des Hauses sein. Auch in dem Hause ihres Mannes ist sie jetzt rechtlich (für das Agnationsverhältniss) nur die Schwester ihrer Kinder, weil sie mit denselben der gleichen patria potestas unterliegt. Die Agnatenfamilie kennt kein mütterliches, sondern nur das väterliche Oberhaupt. Die Frau gehört, gleich den Kindern, rechtlich lediglich zu den Unterthanen des agnatischen Hauses. Das Familienrecht mit Manus-Ehe ist ein noch unentwickeltes Familienrecht. Es vermag die einzelnen Fälle der Familiengewalt von einander nicht zu unterscheiden. Dem ehelichen Verhältniss entspricht kein sonderliches Eherecht, es wird mit einbegriffen unter das Kindesrecht.

Die freie Ehe dagegen, die Ehe ohne manus, giebt dem ganzen Eherecht ein anderes Angesicht. An die Stelle des Unterordnungsprincips ist das Gleichordnungsprincip, das Genossenschaftsverhältniss der Ehegatten getreten. Das Eherecht ist nicht mehr ein blosser Anwendungsfall des Kindesrechts. Vielmehr: die Differenzirung ist eingetreten. Dem Recht ist der Unterschied zwischen dem ehelichen Verhältniss und dem Kindesverhältniss sichtbar geworden. Es giebt ein sonderliches Eherecht. Die Frau ist hier nicht mehr der väterlichen Gewalt ihres Mannes unterworfen. Sie wechselt die Agnatenfamilie nicht (also keine capitis deminutio). War sie vor der Eingehung der Ehe sui juris (ihr Vater war z. B. bereits gestorben), so bleibt sie auch nach Eingehung der Ehe sui juris; war sie vor Eingehung der Ehe in väterlicher Gewalt, so bleibt sie nach Eingehung der Ehe in derselben väterlichen Gewalt (diese väterliche Gewalt wird aber insoweit unwirksam, als die eheherrliche Gewalt ihr wider-

streitet); während die uxor in manu immer alieni juris, nämlich immer in der patria potestas ihres Mannes, bezw. des Gewalthabers ihres Mannes (S. 83) ist.

Die „freie“ Ehe ist keineswegs eine Ehe ohne eheherrliche Gewalt. Sie ist vielmehr gerade die Ehe mit eheherrlicher Gewalt, nämlich mit einer Gewalt, welche nicht eine Copie der väterlichen Gewalt, sondern eine eigenthümlich eheherrliche Gewalt bedeutet. Es ist die eheherrliche Gewalt des jus gentium (des fortentwickelten römischen Rechts), während die eheherrliche Gewalt des jus civile (des residuären römischen Rechts), die manus, nichts Anderes, als die patria potestas war.

Die eheherrliche Gewalt der „freien“ Ehe besteht in dem Recht des Mannes auf Lebensgemeinschaft: wird die Frau dem Manne von einem Dritten (und sei es auch der Vater der Frau, kraft seiner väterlichen Gewalt) vorenthalten, so hat der Mann das prätorische interdictum de uxore exhibenda vel ducenda. Mit dem Recht auf Lebensgemeinschaft verbindet sich das Recht des Mannes, in allen Fragen des ehelichen Lebens den Ausschlag zu geben: er bestimmt z. B. den Wohnsitz (die Frau theilt von Rechtswegen das Domicil des Mannes), er bestimmt die Erziehung (also auch die religiöse Erziehung) der Kinder, er bestimmt Maass und Art des ehelichen Aufwandes. So hat auch die „freie“ Ehe das Princip der Unterordnung der Frau unter den Willen des Mannes, aber es ist eine Unterordnung, welche sich von der des Kindes unterscheidet, eine Unterordnung, welche durch die Verbindung des Unterordnungsprincips mit dem Genossenschaftsprincip modificirt ist. In der Manus-Ehe lebt die Idee der Agnatenfamilie: nur der Vater steht an der Spitze der Familie. In der freien Ehe lebt dagegen die Idee der Cognatenfamilie des jus gentium: an der Spitze des Hauses stehen Vater und Mutter. Obgleich der uxor, welche ohne in manum conventio sich verheirathete, der Ehrentitel materfamilias versagt ward (zum deutlichen Zeichen, dass man hier ursprünglich nur eine unvollkommene Ehe anerkannte), so ist doch sie es gerade, durch deren Stellung die hausmütterlichen Rechte auch im Familienrecht zu Ehren gekommen sind. Sie allein ist auch rechtlich (wenngleich nur nach jus gentium) nicht die Schwester, sondern die Mutter ihrer Kinder. Dem jus civile ist die Mutter als solche unbekannt; durch das

jus gentium ist sie gewissermassen entdeckt und in das römische Recht eingeführt worden.

L. 2 D. de lib. exhib. (43, 30) (Hermogenian.): de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.

§ 81.

Das eheliche Güterrecht.

Für die Ehe mit manus galt, wie schon bemerkt ist (§ 80), väterliches Güterrecht. Die gesammten Activa, welche die Frau bei Eingehung der Ehe hatte, fielen mit Rechtsnothwendigkeit dem Manne zu, ebenso Alles, was die Frau während der Ehe, sei es durch Erbgang oder Schenkung oder Arbeit oder sonstwie erwarb. Die Frau war völlig filiaefamilias loco. Für die Schulden der Frau haftete der Mann daher grundsätzlich ebensowenig wie sonst für die von seinem Kind contrahirten Schulden. Nur in den besonderen Fällen, wo ausnahmsweise (nach prätorischem Recht) der Vater aus dem Contract des Kindes, konnte ebenso aus dem Contract der Frau der Mann mit einer actio adjecticiae qualitatis belangt werden (oben § 75). Es schien jedoch unbillig, dass der Mann das Activvermögen, welches die Frau einbrachte, erwerbe, ohne für ihre Schulden einstehen zu müssen. Wenn der Mann sich daher weigerte, die vor Eingehung der Ehe von der Frau gültig contrahirten Schulden zu zahlen, so eröffnete der Prätor Concurs über das eingebrachte Frauengut, und behandelte also in Bezug auf das Eingebrachte die Ehe als nicht vorhanden.

Delictsschulden der Frau wirkten gleichfalls wie Delictsschulden der Kinder: gegen den Mann geht die Noxalklage (oben § 75). Will der Mann die Folgen des Delicts (Schadensersatz, Strafzahlung) nicht auf sich nehmen, so giebt er die Frau dem Kläger in's mancipium (servae loco, vgl. unten S. 296): es war dies einer der Fälle, wo das Recht des Mannes, seine Frau in die Knechtschaft zu verkaufen, praktisch wurde.

Gewissermassen als Ersatz für die strenge vermögensrechtliche Abhängigkeit der Frau in manu, hat sie beim Tode ihres Mannes ein volles Kindeserbrecht: sie zählt neben ihren Kindern zu den sui heredes ihres Mannes (unten § 96. 98).

Gaj. Inst. II § 98: quam in manum ut uxorem receperimus, ejus res ad nos transeunt.

Eod. IV § 80: Quod vero ad eas personas, quae in manu mancipiove sunt, ita jus dicitur, ut, cum ex contractu earum agatur, nisi ab eo, cujus juri subjectae sint, in solidum defendantur, bona, quae earum futura forent, si ejus juri subjectae non essent, veneant.

Die „freie" Ehe des römischen jus gentium hat dagegen grundsätzlich keine Wirkung auf das Vermögen. Das Eingebrachte der Frau verbleibt der Frau, nach Activis wie nach Passivis. Was sie während der Ehe durch Arbeit, Erbschaft u. s. w. erwirbt, wird ihr selbst erworben. Sie ist gleich erwerbsfähig wie der Mann. Sie ist auch gleich verwaltungsfähig wie der Mann: sie hat freie Disposition über ihr Vermögen. Der Mann hat von Rechtswegen keinerlei Gewalt über das Frauengut. Will die Frau dem Manne ihr Eigenthum (bona paraphernalia) zur Verwaltung anvertrauen, so hat der Mann die Stellung eines Beauftragten, welcher im Dienst und nach Massgabe des Willens der Frau zur Verwaltung ihres Vermögens verpflichtet ist, — also nur so lange, als die Frau es will, — niemals aber ist dem Mann über das Vermögen der Frau ein Recht der Verwaltung zuständig. Das Güterrecht der römischen freien Ehe ist volles Gütertrennungsrecht. Auch von Todeswegen ist die Ehe ohne vermögensrechtliche Folgen. Die freie Ehe erzeugt nach Civilrecht keinerlei Erbrecht der Ehegatten als solcher gegen einander. Nur der armen Wittwe ward später ein beschränktes Recht am Nachlass ihres Mannes gegeben, unter dem Gesichtspunkt einer ihr noch nach dem Tode des Mannes zu gewährenden Alimentation (S. 345). Auch der Prätor ist in der Hauptsache auf diesem Standpunkt stehen geblieben. Nach prätorischem Recht giebt es zwar ein Ehegattenerbrecht (bonorum possessio unde vir et uxor, unten § 98), aber nur, wenn Niemand von der Verwandtschaft Erbe wird. Auch der fernste Verwandte, sofern er überhaupt erbberechtigt ist, schliesst den Ehegatten von der Erbfolge aus.

Nur drei Rechtssätze gelten für die freie Ehe, welche vermögensrechtliche Bedeutung haben: 1) der Mann ist verpflichtet, die Frau zu alimentiren, überhaupt die Kosten des ehelichen Haushalts zu bestreiten; 2) Schenkungen unter Ehegatten sind

ungültig und können in jedem Augenblick zurückgefordert werden; ist der Rückforderungsberechtigte aber vor dem Empfänger verstorben, ohne sein Rückforderungsrecht auszuüben, so soll die Schenkung nachträglich convalesciren[1]; 3) die Diebstahlsklagen sind unter Ehegatten ausgeschlossen. Hat bei bevorstehender Scheidung ein Ehegatte den andern bestohlen, so wird anstatt der Diebstahlsklagen eine besondere actio rerum amotarum gegeben.

Im Uebrigen hat die freie Ehe nur insofern vermögensrechtliche Wirkung, als sie der Anlass zu gewissen Rechtsgeschäften wird, nämlich insbesondere zur Bestellung einer dos und einer donatio propter nuptias.

L. 8 C. de pact. (5, 14) (THEODOS. et VALENTIN.): Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam, uxore prohibente, habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erat, mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari; attamen, quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere.

L. 1 D. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1) (ULPIAN.): Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. L. 3 pr. eod.: Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est. Nam ita ait: Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.

L. 9 § 2 eod. (ULPIAN.): Inter virum et uxorem mortis causa donatione receptae sunt. L. 32 § 3 eod.: Ait oratio (Antonini): fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere, heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse.

L. 1 D. de act. rer. amot. (25, 2) (PAULUS): Rerum amotarum

---

1) Die donatio inter virum et uxorem wird daher von Rechtswegen so behandelt, als wäre sie eine mortis causa donatio, vgl. oben S. 97. Die donatio mortis causa unter Ehegatten ist gültig; auch in dieser Hinsicht gilt für die donatio mortis causa nicht Schenkungsrecht, sondern Vermächtnissrecht.

judicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit, quia non placuit, cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret, aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure; in qua sententia et Julianus rectissime est.

§ 82.
Die dos.

Die dos ist eine Vermögenszuwendung an den Mann, in der rechtlichen Absicht gegeben, dass auch von Seiten der Frau dem neuen Hausstand ein Vermögenszuwachs zu Theil werde (ad matrimonii onera ferenda). Die Tochter kann die Bestellung einer dos (als letzten Act der Alimentation) fordern von ihrem Vater und eventuell von ihrem väterlichen Grossvater, ohne Rücksicht auf Agnation, lediglich auf Grund der Cognation. Die dos, welche von dem Dotationsverpflichteten als solchem dem Mann bestellt wird, heisst dos profecticia. Die dos, welche ein Anderer bestellt (z. B. die Frau selber oder ihre Mutter) heisst dos adventicia. Hat der dritte Besteller sich durch Stipulation die Rückgabe der dos (nach Auflösung der Ehe) versprechen lassen, so heisst die dos recepticia. Ihrer Form nach geschieht die Dosbestellung entweder durch präsente Zuwendung des dem Manne zugedachten Vermögensvortheils, z. B. des Eigenthums oder eines Niessbrauchsrechts (sog. dotis datio), oder durch das in Stipulationsform dem Manne gegebene Versprechen, diesen Vermögensvortheil als dos gewähren zu wollen (dotis promissio), oder endlich seitens der Frau oder ihres Schuldners oder ihres väterlichen Gewalthabers (nach alter Sitte bei Abschluss des Verlöbnisses) durch einfache Zusage (dotis dictio). Nach justinianischem Recht kann (auf Grund eines Gesetzes von Theodos II.) auch jeder Dritte (zu jeder Zeit) durch formloses Dosbestellungversprechen sich gültig verpflichten: es bedarf der Stipulationsform nicht mehr. Die dos wird also entweder dem Mann sofort gegeben (dotis datio) oder sie wird dem Manne versprochen (promissio und dictio). Das dem Manne gegebene gültige Dosbestellungsversprechen ist bereits die Dosbestellung selbst. Für das Forderungsrecht aus diesem Versprechen

gilt nicht mehr Dotalrecht, sondern Obligationenrecht, und die Erfüllung dieses Versprechens ist nicht mehr Dosbestellung, sondern Zahlung, Erfüllung einer bestehenden Schuldverbindlichkeit.

Ist dem Manne die dos gegeben, bezw. das Dotalversprechen erfüllt worden, so hat er über die ihm zu Eigenthum übertragenen Dotalsachen das Recht vollfreier Disposition. Er hat gleich jedem andern Eigenthümer alle Klagen, alle Befugnisse, welche das Eigenthum hervorbringt, auch z. B. die Veräusserungsbefugniss und Verpfändungsbefugniss. Die Dotalsachen sind sein Eigenthum und Niemandes sonst[1]). Die Thatsache, dass er vielleicht verpflichtet ist, diese Sachen später wieder herauszugeben, vermag seine Befugnisse als Eigenthümer nicht zu vermindern. Gerade wegen dieser Verfügungsfreiheit des Mannes hat die lex Julia de adulteriis, v. J. 18 n. Chr., welche in Bezug auf dies Kapitel als lex Julia de fundo dotali bezeichnet zu werden pflegt, dem Mann das Veräusserungs- und Verpfändungsrecht für den zur dos gegebenen fundus Italicus ausdrücklich entzogen. Justinian hat das Verbot auf den fundus dotalis überhaupt ausgedehnt. Auch die Zustimmung der Frau macht solche Veräusserung oder Verpfändung nicht gültig. Das Grundstück soll der Frau, als der vermuthlichen Rückempfängerin der dos, in Natur erhalten bleiben. Der blos obligatorische Ersatzanspruch für den Fall geschehener Veräusserung ist für Mobilien ausreichend, für Immobilien nicht.

Nach Auflösung der Ehe ist der Mann für die Regel verpflichtet, die Substanz der dos herauszugeben. Die Früchte, welche er inzwischen gezogen hat, behält er. Fungible Sachen (oben S. 161) restituirt er in genere: eine gleiche Quantität gleicher Qualität. Nicht fungible Sachen restituirt er in specie: dasselbe Sachindividuum, welches er damals erhielt. Ist dies Sachindividuum durch Verschulden des Mannes (z. B. Veräusserung) nicht mehr da, oder ist es durch Nachlässigkeit des Mannes (doch haftet der Mann nur für diligentia, quam suis rebus ad-

1) Dieselbe freie Verfügung wie über die Dotalsachen, falls die Dosgewährung durch Eigenthumszuwendung geschah, steht dem Mann über die den Gegenstand der dos bildenden Rechte zu, falls nicht Eigenthum, sondern etwa ein ususfructus oder ein Forderungsrecht zur dos gegeben wurde, — soweit nicht die Natur dieses Rechtes selbst, wie z. B. beim Niessbrauch (welcher der Zuständigkeit nach nicht veräussert werden kann), eine Beschränkung mit sich bringt.

hibere solet, vgl. oben S. 228. 233) beschädigt worden, so hat der Mann Schadensersatz zu leisten.

Das Recht des Rückempfangs und dem entsprechend die Pflicht des Mannes zur Rückleistung war im vorjustinianischen anders als im justinianischen Recht normirt.

Das vorjustinianische Recht lässt als Grundsatz des alten Civilrechts ganz deutlich das Princip erkennen: der Mann behält die dos auch nach Auflösung der Ehe [2]). Er ist zur Rückgabe nicht verpflichtet, es sei denn, er habe sich ausdrücklich durch Stipulation zur Rückleistung verpflichtet. Dieser Grundsatz ist dem Dritten gegenüber, welcher eine dos adventicia bestellte, unverändert festgehalten worden: dieser Dritte bekommt, was er als dos gegeben, nicht zurück, es sei denn, dass er es sich durch Stipulation ausdrücklich versprechen liess (Fall der dos recepticia). Dagegen ist das Princip dem Besteller der dos profecticia und der Frau gegenüber nicht aufrecht erhalten worden, vielmehr beiden Theilen ein beschränktes gesetzliches Rückforderungsrecht gewährt worden, welches durch eine bonae fidei actio, die actio rei uxoriae, geltend gemacht wird.

Ueberlebt die Frau die Auflösung der Ehe (ist also die Ehe entweder durch Scheidung oder durch Tod des Mannes aufgelöst), so fordert die Frau nach vorjustinianischem Recht jede dos zurück, sei sie profecticia oder adventicia (nur nicht die recepticia). Ihrer actio rei uxoriae gegenüber hat der Mann aber sog. „Retentionsrechte“, d. h. Abzugsrechte: propter res donatas, propter res amotas und propter impensas, ja, wenn die Ehe durch Schuld der Frau geschieden worden ist, auch ein „Retentionsrecht“ propter liberos (für jedes Kind $^1/_6$ der dos, aber im Ganzen nicht mehr als die Hälfte) und propter mores (wegen Ehebruchs $^1/_6$, wegen anderer Verschuldung $^1/_8$ der dos). Auch ist der Mann der actio rei uxoriae gegenüber nicht verpflichtet, Kapitalien oder andere fungible Sachen, welche er zur dos erhielt, sofort herauszugeben: er zahlt vielmehr das erste Drittel erst ein Jahr, das zweite Drittel erst zwei Jahre, das dritte Drittel erst drei Jahre nach Auflösung der Ehe (annua, bima, trima die). Nur wenn er durch sein Verschulden die Scheidung veranlasst hat, muss er propter mores graviores (Ehebruch)

---

2) Bechmann, das römische Dotalrecht, Bd. 1 (1863) S. 52 ff.

Alles sofort, propter mores leviores (andere Verschuldung) das erste Drittel sofort, das zweite Drittel nach einem halben Jahr, das dritte Drittel nach einem Jahr herausgeben, und soll er überdies von den Früchten der nicht fungiblen Sachen einen entsprechenden Theil mit restituiren müssen.

In ähnlicher Weise wie die actio rei uxoriae der Frau war auch — für den Fall, dass die Ehe durch Tod der Frau aufgelöst ward — die actio rei uxoriae des Bestellers der dos profecticia beschränkt: auch dieser Klage gegenüber hatte der Mann die retentio propter res donatas, propter res amotas, propter impensas, und das Recht, wegen jedes Kindes aus der Ehe ein Fünftel von der dos abzuziehen.

Also: der Mann behielt die dos schlechtweg, wenn eine dos adventicia (nicht recepticia) gegeben war und die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst ward. Er musste die dos herausgeben, wenn die Frau überlebte, oder wenn eine dos profecticia bestellt und der Besteller noch am Leben war. Die actio rei uxoriae, durch welche diese gesetzliche Rückgabepflicht realisirt wurde, war unvererblich (weder die Erben der Frau noch die Erben des Bestellers konnten sie geltend machen) und war bonae fidei, d. h. ging nicht schlechtweg auf Rückgabe der dos, sondern nach Umständen auf etwas Anderes (z. B. Schadensersatz) oder auf weniger (in Folge der Retentionsrechte).

Dies Recht ist durch Justinian verändert worden. Er hat die actio rei uxoriae für vererblich erklärt, und hat die „Retentionsrechte" des Mannes theils beschränkt, theils aufgehoben. Ein anderes Princip ist an die Spitze gestellt: Der Mann ist grundsätzlich von Rechtswegen verpflichtet, die dos nach Auflösung der Ehe herauszugeben. Das Rückforderungsrecht hat nach justinianischem Recht die Frau oder deren Erbe, — die dos recepticia ausgenommen. Liegt eine dos profecticia vor, so schliesst der überlebende Besteller den Erben der Frau aus. Ein „Retentionsrecht" wird nur noch propter impensas necessarias (welche zur Erhaltung der Dotalsachen nothwendig waren) gegeben. Schuld der Frau an der Scheidung berechtigt den Mann, die ganze dos zu behalten. Im Uebrigen werden Grundstücke sofort restituirt, Mobilien nach einem Jahr. Für veräusserte oder durch Diligenzversäumniss beschädigte Mobilien wird Schadensersatz geleistet.

Es ist klar, dass diese gesetzliche Dotalklage Justinians der Klage angenähert ist, welche auf Grund ausdrücklicher Stipulation gegen den Mann angestellt werden konnte. Hier gab es keine retentiones und keine Fristen, keine Beschränkung der Vererbung, andererseits aber kein gesetzliches Recht auf Schadensersatz (vgl. S. 221). Justinian hat sich deshalb dahin ausgedrückt, dass er die actio rei uxoriae in eine actio ex stipulatu verwandle (auf Grund fingirter Stipulation), aber in eine actio ex stipulatu, welche bonae fidei sei. Er drückte in dieser wunderlichen Form den richtigen Gedanken aus, dass das von ihm geschaffene gesetzliche Rückforderungsrecht ungefähr die Mitte hält zwischen dem beschränkten gesetzlichen Rückforderungsrecht alten Styls (actio rei uxoriae) einerseits, und dem vertragsmässigen vollen Rückforderungsrecht (Klage aus der Stipulation) andererseits.

Zu Gunsten ihres Rückforderungsanspruchs hat die Frau nach justinianischem Recht ein privilegirtes Pfandrecht am ganzen Vermögen des Mannes. Ja, sie kann die Dotalsachen, soweit sie im Vermögen des Mannes noch vorhanden sind, ohne Weiteres als ihr Eigenthum vindiciren. Verarmt der Mann, so ist die Frau berechtigt, ihre Rückforderunganspruche sogleich, noch während der Ehe, geltend zu machen.

Ulp. fragm. tit. 6 § 1: Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. § 2. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat, item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt.

§ 3 eod.: Dos aut profecticia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit, aut adventicia, id est ea, quae a quovis alio data est.

L. 5 § 11 D. de jure dot. (23, 3) (Ulpian.): Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse, nemini dubium est, quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit; sed ita demum, si ut parens dederit. Ceterum si, cum deberet filiae, voluntate ejus dedit, adventicia dos est.

L. 14 C. de jure dot. (5, 12) (Dioclet. et Maximian.): Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili, vel lege specialiter expressa causa, pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem.

pr. I. quib. alienare licet (2, 8): Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit, et contra, qui dominus non sit, alie-

nandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus, invita muliere, per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat, quae Italicae fuerant, et alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum etiam volente: utrisque remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta fiat alienatio vel obligatio, et neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur.

Ulpian. fragm. tit. 6 § 6: Divortio facto si quidem sui iuris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, id est dotis repetitionem; quodsi in potestate patris sit, pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae; nec interest, adventicia sit dos, an profecticia.

Eod. § 9: Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas. § 10. Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote, non plures tamen quam tres. — § 12. Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava; graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui.

Eod. § 8: Dos si pondere numero mensura contineatur, annua bima trima die redditur, nisi si, ut praesens reddatur, convenerit; reliquae dotes statim redduntur. § 13. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae a die reddi debet, ita ut propter maiores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensium die; in ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio facit.

§ 29 I. de action. (4, 6): Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei judiciis. Sed, cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes omne jus, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam; praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

§ 83.
Die donatio propter nuptias.

Geschenke des Bräutigams an die Braut sind nach römischem Recht ebenso zweifellos gültig, wie die Geschenke des Ehemannes an die Ehefrau ebenso zweifellos nach römischem Recht ungültig sind (S. 279 a. E.). Die donatio ante nuptias ist also wesentlich von der Schenkung nach geschlossener Ehe verschieden. In der späteren Kaiserzeit ward in einem besonderen technischen Sinne donatio ante nuptias diejenige Schenkung genannt, welche der Bräutigam (oder ein Anderer Namens des Bräutigams) der Braut unter der Bedingung des zu Standekommens der Ehe und im Hinblick auf die vermögensrechtlichen Anforderungen der Ehe macht, wo es sich also nicht um einen Ausdruck der Liebe, sondern um den ganz bestimmten ökonomischen Effect der Ausstattung der künftigen Ehe handelt. Die gewöhnliche Schenkung unter Brautleuten ist ein Geschäft unwirthschaftlicher, die donatio ante nuptias aber ein Geschäft wirthschaftlicher Natur. Es handelt sich dabei um die Schaffung einer Wittwenversorgung. Stirbt der Mann vor der Frau, so ist die Frau auf ihre dos angewiesen, die sie jetzt zurückerhält; an der Erbschaft des Mannes hat sie von Rechtswegen nur ganz ausnahmsweise Antheil (oben S. 279). Darum ist es von Interesse, für den Fall des Vorabsterbens des Mannes den Dotalanspruch der Frau gewissermassen zu verstärken. Diesem Zweck dient die technisch sog. donatio ante nuptias. Sie pflegt in gleicher Höhe wie die dos bestellt zu werden, kommt nur der überlebenden Frau zu, und auch dieser erst nach dem Absterben ihres Mannes, und bewirkt, dass die Wittwe jetzt von den Erben ihres Mannes das Doppelte der dos fordert. Ebenso wenn die Ehe durch Scheidung in Folge Verschuldens des Mannes aufgehoben wird. Wird die Ehe aber durch Schuld der Frau geschieden, so verliert sie wie die dos[1], so die donatio ante nuptias.

Kaiser Justin, der Vater Justinians, verordnete, dass solche donatio ante nuptias auch noch nach Eingehung der Ehe gültig erhöht

1) So nach justinianischem Recht oben S. 284.

werden könne. Justinian ging noch weiter und gestattete, dass auch die Bestellung der donatio ante nuptias noch nach Eingehung der Ehe möglich sei. So schien der überlieferte Name jetzt nicht mehr zutreffend, und Justinian begabte deshalb das Institut mit dem Namen donatio propter nuptias.

§ 3 I. de donat. (2, 7): Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum; ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus, pater noster, cum augeri dotes et post nuptias fuerit permissum, si quid tale evenerit, etiam ante nuptias donationem augeri et constante matrimonio, sua constitutione permisit. Sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur, et dotibus in hoc exaequentur, ut, quemadmodum dotes et constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et istae donationes, quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecedant matrimonium, sed etiam eo contracto et augeantur et constituantur.

§ 84.

Die Auflösung der Ehe.

Die Ehe wird aufgehoben durch Tod eines Ehegatten. Daneben kennt das römische Recht eine Auflösung (Scheidung) der Ehe durch Rechtsgeschäft der Ehegatten.

Das Scheidungsgeschäft für die Confarreations-Ehe des Civilrechts ist formell. Die Form ist von den pontifices nach dem Gesetz des contrarius actus gebildet worden (vgl. S. 254) Die Confarreationsehe kann nur aufgehoben werden durch diffarreatio, also wiederum unter Darbringung eines Opfers an Jupiter, den Gott der Ehe, mit certa (contraria) verba. Das Diffarreationsopfer fordert wie das Confarreationsopfer priesterliche Mitwirkung. Damit scheint zusammenzuhängen, dass die Confarreationsehe nicht

beliebig lösbar war: der Priester konnte seine Mitwirkung versagen, wo kein von sacralen Rechtswegen anerkannter Scheidungsgrund vorlag.

Dagegen wird die Coemtions- und die Ususehe durch remancipatio, Scheinverkauf in das mancipium, d. h. in die Knechtschaft, mit nachfolgender manumissio seitens des Scheinkäufers aufgehoben. Die remancipatio der materfamilias ist genau identisch mit der emancipatio der filiafamilias (unten S. 302). Für die „gekaufte" Frau in manu gilt auch in dieser Hinsicht Kindesrecht. Wie sein Kind, so kann der Vater seine Frau aus der Gewalt entlassen (emancipiren). Formell ist die remancipatio nicht so sehr Scheidung als vielmehr Entlassung. Die uxor in manu ist auch hier von dem Kinde ununterscheidbar. Die Frau in manu ist nur Object dieses Scheidungsgeschäfts, gerade wie das Kind ein Object des Emancipationsgeschäftes. Der Wille der Frau in manu ist deshalb nach altem Recht unerheblich. Er vermag die Scheidung weder herbeizuführen, noch zu verhindern. Auch in Bezug auf die Scheidung galt für die Manus-Ehe ehemännliches Alleinherrschaftsrecht. Nur die confarreirte Frau ist durch die Nothwendigkeit der diffarreatio vor willkürlicher Entlassung seitens des Ehemanns geschützt.

Das Scheidungsgeschäft des jus gentium (für die freie Ehe) ist dagegen formlos. Nur um für die Ernsthaftigkeit des Scheidungswillens ein sicheres Kennzeichen zu haben, hat die lex Julia de adulteriis die Zuziehung von sieben Zeugen vorgeschrieben. Hier kann die Ehe geschieden werden durch Vertrag der Ehegatten (divortium), oder durch einseitige Aufkündigung seitens eines Ehegatten (repudium). In beiden Fällen steht die Frau dem Manne als Subject der Ehescheidungshandlung gleichberechtigt gegenüber.

Das Scheidungsrecht der freien Ehe ist auf die Manus-Ehe übertragen worden. Zwar: die Aufhebung der manus konnte die Frau in manu durch repudium direct nicht bewirken. Aber ihr repudium (bezw. das divortium) hob nach Anschauung der späteren Zeit die Ehe auch im Fall der Manus-Ehe auf. Der Mann ward dadurch verpflichtet, nun seinerseits auch den Aufhebungsact für die manus vorzunehmen. Mit dem Verschwinden der Manus-Ehe galt dann zuletzt ausschliesslich wie das Eheschliessungsrecht so das Ehescheidungsrecht des jus gentium.

L. 2 C. de inutil. stip. (8, 38) (Alexander): Libera matrimonia esse, antiquitus placuit: ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere; et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei, qui divortium fecisset, ratas non haberi constat.

L. 9 D. de divortiis (24, 2) (Paulus): Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum ejus, qui divortium faciet.

Festus: Diffarreatio genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio; dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito.

Gaj. Inst. I § 137: Mancipatione desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur, — — (ea, quae cum viro suo coëmtionem fecit) nihilo magis potest cogere quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere etiam si adoptiva sit; haec autem virum repudio misso proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset.

§ 85.
Die zweite Ehe.

Für den Fall der Eingehung einer zweiten Ehe hat das spätere römische Kaiserrecht die Interessen der Kinder erster Ehe durch eine Reihe von Rechtssätzen zu Gunsten der ersteheliehen Kinder, zu Lasten des parens binubus (daher sog. poenae secundarum nuptiarum) wahrgenommen, insbesondere durch den Rechtssatz, dass Alles, was der parens binubus von Seiten des verstorbenen Ehegatten unentgeltlich erworben hat, sog. lucra nuptialia (sei es als Schenkung, oder als dos, oder als donatio propter nuptias, oder als letztwillige Zuwendung), im Moment der Eingehung der zweiten Ehe ipso jure zu Eigenthum an die ersteheliehen Kinder fällt; dem parens binubus verbleibt nur der Niessbrauch.

Die Wittwe darf erst nach Ablauf des Trauerjahres zur zweiten Ehe schreiten. Widrigenfalls trifft sie die Strafe der Infamie, Zurücksetzung im Erbrecht und Beschränkung in den Zuwendungen zu Gunsten ihres zweiten Mannes.

L. 1 C. de sec. nupt. (5, 9) (Gratian., Valent., Theodos.): Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro, nuptiarum festinatione, praestiterit, ex jure quidem notissimo sit infamis. Praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem ne det,

neque ei testamento plus, quam tertiam partem relinquat. Omnium praeterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers. His etiam amittendis, quae prior maritus ei suprema reliquerit voluntate — —. Eandem quoque mulierem, infamem redditam, hereditates ab intestato, vel legitimas, vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare.

§ 86.

Ehelosigkeit und Kinderlosigkeit.

Charakteristisch für den Niedergang des Römerthums schon im ersten Beginn der Kaiserzeit, ist die umfassende Ehegesetzgebung (lex Julia de maritandis ordinibus 4 n. Chr. und lex Papia Poppaea 9 n. Chr.), zu welcher Kaiser Augustus sich veranlasst sah. Hier ward verboten, dass Senatoren sich mit Freigelassenen oder Infamen, dass Freigeborene mit Infamen sich verheiratheten. Hier wurden ferner auf die Eheschliessung und Kindererzeugung Prämien gesetzt, so z. B. für die Frau, welche (als ingenua) drei, oder (als liberta) vier Kinder geboren hatte, die Befreiung von der Geschlechtsvormundschaft. Dem entspricht auf der andern Seite die Androhung von Strafen für Ehelosigkeit und Kinderlosigkeit. Ehelose (caelibes), d. h. solche, welche ohne Grund unverheirathet sind, und Kinderlose (orbi) sind e r w e r b s u n f ä h i g (incapaces) aus einem Testament (vgl. unten § 101), entweder ganz unfähig (so die caelibes) oder doch theilweise unfähig (so die orbi). Damit die F r a u aus einem Testament das Ganze erwerben könne, muss sie das jus trium vel quatuor liberorum haben, welches ihr jedoch auch durch kaiserliches Privileg beigelegt werden kann. Was im Testament einem incapax zugewandt ist, wird „caducum" und als solches von den Familienvätern, welche neben ihm im Testament bedacht sind, eventuell vom Aerar vindicirt (sog. caducorum vindicatio).

Durch Kaiser Constantin und die nachfolgende Gesetzgebung sind die Strafen der Ehe- und Kinderlosigkeit, durch Justinian die genannten Eheverbote aufgehoben worden.

Gaj. Inst. II § 286: Caelibes — per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur; — item orbi — per legem Papiam ob id, quod liberos non habebant, dimidias partes hereditatum lega-

torumque perdunt, — — eaque translata sunt ad eos, qui in eo testamento liberos habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum.

Ulpiani fragm. tit. 17 § 1: Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ciciderit ab eo, verbi gratia si caelibi — legatum fuerit, nec intra dies centum caelebs legi paruerit.

II. Die patria potestas.

§ 87.

Die Begründung der patria potestas.

Die väterliche Gewalt wird kraft Rechtssatzes erworben über die in rechter Ehe erzeugten Kinder (nicht über die Concubinenkinder), und durch die Legitimation der ausser der Ehe erzeugten Kinder, sei es per subsequens matrimonium, sei es per rescriptum principis. Daneben kennt das römische Recht eine künstliche Erzeugung der väterlichen Gewalt durch Rechtsgeschäft: die Adoption.

Die Adoption ist entweder Adoption eines paterfamilias (sog. arrogatio) oder Adoption eines filiusfamilias (adoptio im engeren Sinn)[1]. In beiden Fällen erleidet der Adoptirte eine capitis deminutio minima, weil er die Agnatenfamilie wechselt (oben S. 85).

Die Arrogation verlangte nach altem Recht eine Voruntersuchung der pontifices und Beschluss der Curiatcomitien. Dann kam die Arrogation durch kaiserliches Rescript auf, welches zuletzt die allein übliche Form darstellte. Aber immer blieb die Arrogation durch einfaches Privatrechtsgeschäft ausgeschlossen. Die Aenderung der Familienverhältnisse durch Arrogation interessirt das Gemeinwesen. Daher die öffentlichrechtliche Form. In den Curiatcomitien konnte jedoch nur arrogirt werden, wer seine Zustimmung zur Arrogation in der Volksversammlung

---

1) Ueber den Begriff von paterfamilis (homo sui juris) und filiusfamilias (homo alieni juris: Sohn, Tochter, Enkel in der väterlichen Gewalt) vgl. oben S. 82.

zu erklären im Stande war. Der Arrogatus ist Mit-Subject der Arrogationshandlung in den Comitien, und muss daher fähig sein, an der Arrogationshandlung in den Curiatcomitien Antheil zu nehmen. Darum gab es keine Arrogation eines impubes, noch eine Arrogation einer Frau. Jene sind überhaupt der rechtlich wirksamen Zustimmung, diese sind des Auftretens in der Volksversammlung unfähig. Antoninus Pius hat jedoch die Arrogation eines impubes gestattet, vorausgesetzt, dass sie als vortheilhaft für den impubes sich erweist, dass ferner sämmtliche Vormünder des impubes consentiren, dass endlich der pater arrogans Caution stellt, im Fall des Versterbens des arrogatus vor erreichter pubertas das Vermögen desselben an diejenigen herauszugeben, welche es ohne die Arrogation kraft Erbgangs bekommen haben würden. Durch die Arrogation erlangt der impubes (für die Dauer seiner Impubertät) ein festes Recht auf den vierten Theil vom Nachlass des pater arrogans, sog. quarta divi Pii. Mit der Gewalt über den Arrogatus erwirbt der Arrogirende auch das Vermögen des arrogatus [2]) und die Gewalt über diejenigen, welche in der Gewalt des arrogatus sind.

Für die Adoption (im engern Sinne), welche wahrscheinlich ursprünglich gleichfalls die Zustimmung sämmtlicher Geschlechter (der Curiatcomitien) forderte [3]), ward — erst nach den zwölf Tafeln — ein privates Rechtsgeschäft ausgebildet. In den zwölf Tafeln hiess es, dass dreimaliger Verkauf des Sohnes in die Knechtschaft den Untergang der väterlichen Gewalt herbeiführe. Wie die Emancipation des Haussohnes (vgl. oben S. 25), so

2) Die Schulden des arrogatus gingen nach Civilrecht unter (oben S. 86). Der Prätor aber gab in integrum restitutio, indem er eine actio ficticia gegen den arrogatus gewährte, als ob die Arrogation gar nicht geschehen wäre. Trat der Arrogirende dann nicht für den Arrogirten ein (der Arrogirte selbst hatte ja keine Activa mehr), so ward vom Prätor über das Vermögen, welches dem Arrogirten ohne die capitis deminutio gehören würde, Concurs eröffnet.

3) Dies geht daraus hervor, dass das Privatrechtsgeschäft der datio in adoptionem deutlich als Product der an die zwölf Tafeln anschliessenden interpretatio (oben § 11) erscheint. Noch zur Zeit der zwölf Tafeln gab es also so wenig eine datio in adoptionem wie eine emancipatio kraft privaten Acts, d. h. kraft blosser väterlicher Gewalt. Zu demselben Resultat führt die Vergleichung des griechischen Rechts, Schulin, das griechische Testament (1882) S. 17 ff.

konnte mit Hülfe dieses Rechtssatzes auch die datio in adoptionem ermöglicht werden. Der Vater verkaufte seinen Sohn dreimal durch mancipatio in die Knechtschaft (mancipium, unten S. 296). Der Scheinkäufer lässt den Sohn das erste und das zweite Mal frei (durch manumissio vindicta, also durch das Mittel der in jure cessio, oben S. 75 a. E.). Das dritte Mal folgte dem Verkauf nicht nochmals Freilassungshandlung (dann wäre der Sohn damit emancipirt worden, unten S. 302), sondern die Adoptionshandlung in der Form der in jure cessio: der Adoptivvater trat vor dem Prätor mit der Scheinvindicatio in patriam potestatem auf; auf Geständniss oder Schweigen des Scheinbeklagten vollzog der Prätor den Zuspruch (addictio) des als Sohn Vindicirten an den Vindicanten. Zum Zweck dieser letzten in jure cessio pflegte der Scheinkäufer nach der dritten mancipatio zuerst noch das Kind an den Vater zurück zu mancipiren, so dass dann der Vater selber bei der Adoptionshandlung Scheinverklagter war, also selber durch confessio in jure den Adoptionserfolg herbeiführte. Sollte eine Tochter oder ein Enkelkind einem Anderen in Adoption gegeben werden, so genügte ein einmaliger Verkauf, um die patria potestas zu zerstören, und folgte deshalb gleich nach der ersten Mancipation nicht Freilassungshandlung (dann wäre das Kind damit emancipirt worden), sondern Adoptionshandlung. An Stelle dieser umständlichen Formen hat das spätere Kaiserrecht die Erklärung des Adoptionsvertrags zwischen beiden Vätern in Anwesenheit des Kindes vor Gericht gesetzt. Das Kind ist bei diesem Hingeben zu Adoption blosses Object der Handlung. Der Adoption eines impubes oder der Tochter steht hier kein Hinderniss im Wege. Zustimmung des Kindes ist nicht nöthig; der Widerspruch des willensfähigen Kindes aber macht die Adoption ungültig.

Die Adoption i. e. S. hat jedoch durch Justinian die Kraft, die patria potestas hervorzubringen, verloren. Im justinianischen Recht erzeugt die datio in adoptionem nur noch ein Kindeserbrecht des in Adoption Gegebenen gegen den Adoptivvater, kein Kindesverhältniss mehr (sog. adoptio minus plena). Nur in dem Fall, wenn das Kind seinem leiblichen Ascendenten (Grossvater) in Adoption gegeben wird, tritt noch die alte volle Wirkung der datio in adoptionem ein (sog. adoptio plena). Die

Wirkung der Arrogation ist jedoch im justinianischen Recht **nicht** verändert worden.

Frauen können nicht adoptiren. Die sog. Adoption, welche seit Diocletian einer Frau, der ihre Kinder gestorben sind, durch rescriptum principis gewährt werden kann, erzeugt nur ein gegenseitiges Intestaterbrecht zwischen der Adoptivmutter einerseits, dem Adoptivkind und dessen Nachkommenschaft andererseits.

pr. I. de adopt. (1, 11): Non solum tamen naturales liberi secundum ea, quae diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus. § 1. Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptamus eos easve, qui quaeve sui juris sunt. Quae species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptamus eos easve, qui quaeve in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

Gellius V, 19: Adrogantur ii, qui, cum sui iuris sint, in alienam sese potestatem tradunt, eiusque rei ipsi auctores fiunt. Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur; nam comitia arbitris pontificibus praebentur, quae curiata appellantur, aetasque eius, qui adrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit, bonaque eius, qui adrogatur, ne insidiose adpetita sint, consideratur; iusqueiurandum a. Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando iuraretur. Sed adrogari non potest nisi iam vesticeps. Adrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Eius rogationis verba haec sunt: VELITIS IUBEATIS, UTI L. VALERIUS L. TITIO TAM IURE LEGEQUE FILIUS SIET, QUAM SI EX EO PATRE MATREQUE FAMILIAS EIUS NATUS ESSET, UTIQUE EI VITAE NECISQUE IN EUM POTESTAS SIET, UTI PATRI ENDO FILIO EST. HAEC ITA UTI DIXI, ITA VOS QUIRITES ROGO. Neque pupillus autem neque mulier, quae in parentis potestate non est, adrogari possunt: quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est, et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suae commissum alienae ditioni subiciant.

§ 2 I. de adopt. (1, 11): Sed hodie, ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, jura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sunt. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse

pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno, vel materno, filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

§ 3 eod.: Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur et exquiritur causa adrogationis, an honesta sit expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit.

§ 88.

Die Wirkung der patria potestas.

Die patria potestas des alten Civilrechts bedeutet volle Gewalt des Vaters über den Gewaltunterworfenen (das Kind, das Enkelkind vom Sohne, die Frau in manu): das Recht über Tod und Leben (jus vitae ac necis) und das Recht, in die Knechtschaft zu verkaufen. Nur der Einfluss der Verwandten in dem bei schwereren Fällen herkömmlicher Weise zu berufenden Familiengericht und die nota censoria sowie die geistliche Strafe, welche in Fällen des Missbrauchs drohte, stellte einen thatsächlichen Schutz für den Gewaltunterworfenen dar. Der Verkauf in die Knechtschaft, welcher das Familienglied als Object von Vermögenswerth behandelte, muss nicht allzu selten vorgekommen sein. Die zwölf Tafeln missbilligten ihn bereits durch den Strafrechtssatz: wer seinen Sohn dreimal in die Knechtschaft verkauft hat, soll zur Strafe seine väterliche Gewalt verlieren (oben S. 25). In späterer Zeit diente die Mancipation des Hauskindes in der Regel nur noch dem Scheinverkauf zum Zweck von Adoption (oben S. 293) oder Emancipation (unten S. 302). Der Ernstverkauf des Kindes behauptete sich nur in den Fällen der noxae datio, welche erst durch Justinian in ihrer Anwendung auf Hauskinder aufgehoben wurde. Bis auf Justinian war der paterfamilias wie berechtigt, so verpflichtet, im Fall eines Delictes seines Hauskindes entweder die Folgen des Delicts auf sich zu nehmen, oder das Kind durch mancipatio in die Knechtschaft des Verletzten zu geben (noxae datio, oben S. 243). Das solcherweise mancipirte Hauskind war, wie es hiess, in mancipio, und stand unter Sklaven-

recht (servi loco), erwarb Alles seinem Herrn, und konnte, wie ein Sklave, nur durch manumissio der vollen Freiheit wiedergegeben werden. Das Recht der noxae datio und damit der letzte Rest des Verkaufsrechts ist durch Justinian beseitigt. Das jus vitae ac necis war schon lange vorher abgekommen.

Die väterliche Gewalt der Kaiserzeit ist nicht mehr die volle Gewalt des alten jus civile, sondern nur noch die natürliche Züchtigungs- und Erziehungsgewalt des jus gentium.

Dem Kinde gegenüber bedarf der Vater keiner Klage, weil ihm kraft des persönlichen Subordinationsverhältnisses das private Zwangsrecht zuständig ist. Reicht der Vater damit nicht aus, so kann er Hülfe der Obrigkeit im Verwaltungswege (extraordinaria cognitio) anrufen. Dem Dritten gegenüber aber, welcher sich in Besitz des Kindes gesetzt hat, dient dem Vater das civile Rechtsmittel der vindicatio in patriam potestatem (filii vindicatio), das prätorische Rechtsmittel des interdictum de liberis exhibendis (auf Vorführung des Kindes) und de liberis ducendis (ein prohibitorisches Interdict, welches den Dritten hindert, sich der Heimführung des Kindes durch den Vater zu widersetzen). Ist das Dasein der patria potestas streitig, und handelt es sich zunächst darum, von dem Kinde oder dem Dritten die Anerkennung des Vaterverhältnisses oder der väterlichen Gewalt zu erstreiten, so dient dem Vater ein praejudicium, gerade wie umgekehrt das Kind, welches das Dasein der väterlichen Gewalt läugnet, ein solches praejudicium veranlassen kann (vgl. oben S. 134).

Wie über die Person, so gewährt das altcivile Recht dem Vater auch volle Gewalt über das Vermögen des Hauskindes. Ja, durch die väterliche Gewalt wird die Vermögensfähigkeit des Hauskindes geradezu zerstört. Das Hauskind ist des eignen activen Vermögens unfähig. Was es erwirbt, wird vielmehr kraft Rechtsnothwendigkeit (sog. unfreie Stellvertretung) dem Hausvater erworben (S. 83. 103). Erst die Entwickelung des römischen Rechts in der Kaiserzeit hat Schritt für Schritt, die Consequenzen des alten Rechts brechend, die Vermögensfähigkeit des Hauskindes ein- und durchgeführt.

Zuerst ist dem filiusfamilias miles die Erwerbsfähigkeit für sein sog. peculium castrense beigelegt worden. Was der

Haussohn in seiner Eigenschaft als Soldat erwirbt (auch z. B. Geschenke, die ihm von Verwandten oder Kameraden gemacht werden), erwirbt er sich selbst, nicht seinem Vater. Er verwaltet das peculium castrense frei wie ein paterfamilias, und testirt darüber wie ein paterfamilias. Nur wenn er ohne Testament verstirbt, wird (nach dem Recht des Corpus Juris, nicht mehr aber nach dem Recht der Novelle 118, vgl. unten § 98 a. E.) das peculium castrense von dem Vater jure peculii (nicht als hereditas) eingezogen, als ob es immer Eigenthum des Vaters gewesen wäre.

Dem filiusfamilias miles (dessen Sonderstellung bereits durch Augustus begründet wurde) ist in der späteren Kaiserzeit, in dem nachdiocletianischen monarchischen Beamtenstaat, der filiusfamilias, welcher öffentlicher Beamter ist, gleichgestellt worden. Was der Sohn in öffentlicher Stellung, als Beamter oder als Advocat oder als Geistlicher, erwirbt, ist sein peculium quasi castrense, für welches die gleichen Rechtssätze gelten wie für das peculium castrense des filiusfamilias miles.

Nun ging Kaiser Constantin und die nachconstantinische Gesetzgebung auch dazu vor, grundsätzlich dem Hauskind jeglichen Erwerb zu gestatten. Zuerst für die bona materna (Erbschaft der Mutter), dann für die bona materni generis, dann überhaupt für jeden Erwerb, der von einem Dritten gemacht wird. Damit kamen die sog. bona adventicia auf. Adventicium ist Alles, was nicht ex re patris, noch als castrense oder quasi castrense erworben worden ist. Das Eigenthum an den adventicia hat das Hauskind, nicht mehr der Vater. Aber dem Vater ist als Rest seines früheren Rechts der Niessbrauch und die Verwaltung der adventicia überlassen worden. So hat das Hauskind an den bona adventicia nicht das volle Recht wie an castrensia und quasi castrensia. Mit der Verfügung unter Lebenden ist ihm auch die testamenti factio für die adventicia entzogen. Selbst unter Zustimmung des Vaters kann das Kind über seine Adventicien nicht testiren. Bona adventicia irregularia sind solche adventicia, in Bezug auf welche dem Hauskind auch Verwaltung und Nutzung zusteht, z. B. wenn der Dritte, welcher die Zuwendung machte, Niessbrauch und Verwaltung des Vaters ausschloss, oder wenn das Kind einen Erwerb gegen den Willen des Vaters gemacht hat.

So bleibt das Kind im justinianischen Recht nur noch unfähig, ex re patris, vom Vater zu erwerben. Was der Vater dem Kind giebt, sei es auch zu freier Verfügung (peculium profecticium) bleibt Eigenthum des Vaters, wenngleich der Sohn darüber Verwaltungsrechte hat und durch seinen Contract den Vater bis auf den Betrag dieses Peculiums obligirt (oben S. 250). Das peculium profecticium ist ein peculium alten Styls, die einstige Erwerbsunfähigkeit des Hauskindes und seine sklavenähnliche Stellung zum Ausdruck bringend. Das peculium castrense und quasi castrense sowie die bona adventicia sind dagegen Peculien neuen Styls, nicht mehr die Vermögensunfähigkeit von einst, sondern umgekehrt die durch das neue Recht eingeführte active Vermögensfähigkeit auch des Hauskindes bedeutend.

L. 1 § 2 D. de R. V. (6, 1) (Ulpian.): Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria; et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet. Si quis ita petit: FILIUM SUUM, vel IN POTESTATE EX IURE ROMANO, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse; ait enim, adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

L. 3 pr. D. de lib. exhib. (43, 30) (Ulpian.): Ait praetor: SI LUCIUS TITIUS IN POTESTATE LUCII TITII EST, QUO MINUS EUM LUCIO TITIO DUCERE LICEAT, VIM FIERI VETO. § 1. Hoc — interdictum pertinet ad ductionem, ut ducere quis possit eos, in quos habet ius ductionis. Itaque prius interdictum, quod est de liberis exhibendis, praeparatorium est huius interdicti; quo magis enim quis duci possit, exhibendus fuit.

Gaj. Inst. I § 141: In summa admonendi sumus, adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin iniuriarum tenebimur. Ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa mancipantur.

L. 11 D. de castr. pec. (49, 17) (Macer.): Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisivit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. Nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium ejus castrense non est.

L. 2 D. de SC. Maced. (14, 6) (Ulpian.): — cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur.

L. 19 § 3 D. de castr. pec. (49, 17) (Tryphonin.): Pater peculii castrensis filii servum testamento liberum esse iussit; intestato defuncto filiofamilias, mox patre, quaeritur, an libertas servo competat; occurrebat enim, non posse dominium apud duos pro solido fuisse; denique filium posse manumittere talis peculii servum Hadrianus constituit. Et si testamento tam filii quam patris idem servus accepisset libertatem, et utrique pariter decessissent, non dubitaretur, ex testamento filii liberum eum esse. Sed in superiore casu pro libertate a patre data illa dici possunt, numquid, quoad utatur iure concesso filius in castrensi peculio, eousque ius patris cessaverit, quodsi intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia.

L. un. C. de castr. omn. pal. pec. (12, 30) (Constantin.): Omnes palatinos, quos edicti nostri jamdudum certa privilegia superfundunt, rem si quam, dum in palatio nostro morantur, vel parsimonia propria quaesierint, vel donis nostris fuerint consecuti, ut castrense peculium habere praecipimus. Quid enim tam ex castris est, quam quod, nobis consciis, ac prope sub conspectibus nostris, adquiritur? Sed nec alieni sunt a pulvere et labore castrorum, qui signa nostra comitantur, qui praesto sunt semper actibus, quos intentos eruditis studiis itinerum prolixitas et expeditionum difficultas exercet.

§ 1 I. per quas personas (2, 9): Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quidquid ad eos pervenerat, exceptis videlicet castrensibus peculiis, hoc parentibus suis adquirebant, sine ulla distinctione. Et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum est, alii vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est, et, generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et patribus debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquirat. Quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, hujus usumfructum quidem patri adquiret, dominium autem apud eum remaneat; ne, quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accessit, hoc, in alium perveniens, luctuosum ei procedat.

§ 89.

Die Aufhebung der patria potestas.

Die patria potestas erlischt zu Gunsten des Hauskindes, wenn das Hauskind flamen Dialis oder virgo Vestalis wird, (so nach altem Recht), nach justinianischem Recht wenn der Haussohn die Würde eines Bischofs oder eines Patricius erlangt; zur Strafe für den Vater, wenn er das Kind aussetzt oder die Tochter verkuppelt. Der Tod des Vaters befreit nur die ihm unmittelbar Gewaltuntergebenen; die Enkelkinder vom Sohn fallen jetzt in die patria potestas ihres Erzeugers. Gleich dem Tode wirkt die capitis deminutio media und maxima (S. 84).

Gaj. Just. I § 130: Praetera exeunt liberi virilis sexus de parentis potestate, si flamines Diales inaugurentur, et feminini sexus, si virgines Vestales capiantur.

§ 4 I. quib. mod. jus patriae pot. solv. (1, 12): Filiusfamilias si militaverit, vel si senator, vel consul fuerit factus, manet in patris potestate. Militia enim, vel consularia dignitas patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico ab imperialibus codicillis praestitis, a patria potestate liberat.

Eod. pr.: Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit. Nam, mortuo patre, sane omnimodo filii filiaeve sui juris efficiuntur. Mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque, si moriente avo pater eorum et vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut exiit de potestate patris, tunc hi, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

Eod. § 1: Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur, ut, quia eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde ac si mortuo eo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione et si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. § 5. Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii, quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. — Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit,

similiter dicimus, propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse.

Das Rechtsgeschäft, durch welches die väterliche Gewalt aufgehoben wird, ist die Emancipation. Der Vater verkauft den Sohn dreimal in das mancipium; der Scheinkäufer lässt den Sohn jedesmal frei (manumissio vindicta). Die dritte Manumission, nach welcher der Sohn frei wird (vgl. oben S. 25), ist die Emancipationshandlung. Darum pflegt der Scheinkäufer nach der dritten Mancipation den Sohn an den Vater zurück zu mancipiren, damit dieser die Emancipations-Manumission vornehme (parens manumissor). Für die Emancipation der Tochter und des Enkels genügte einmalige Mancipation, auf welche dann sofort (nach geschehener remancipatio) die emancipirende Manumissionshandlung folgte. Das spätere Kaiserrecht hat andere, leichtere Formen eingeführt: die Emancipation per rescriptum principis (emancipatio Anastasiana), und die Emancipation durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll (emancipatio Justinianea).

Das Kind ist lediglich Object der Emancipationshandlung. Es bedarf seiner Zustimmung nicht. Aber sein Widerspruch macht nach justinianischem Recht die Emancipation ungültig, ausgenommen wenn ein blosses Adoptivvaterverhältniss durch Emancipation gelöst wird. Ein Recht, emancipirt zu werden, hat das Kind nicht (ausgenommen unter Umständen der arrogirte impubes). Auch wenn das Kind erwachsen und zu Amt und Würden gelangt ist[1], bleibt es von Rechts wegen in der väterlichen Gewalt, so lange nicht die Willkür des Vaters das Gewaltverhältniss löst. Die väterliche Gewalt des römischen Rechts ist eine egoistische Gewalt um des Vaters willen, welche darum in ihrem Bestande nicht an das Schutz- und Erziehungsbedürfniss des Hauskindes, sondern an die Lebenszeit des Vaters geknüpft ist. Anders im heutigen Recht, wo in Folge deutschrechtlicher Anschauungen die väterliche Gewalt durch das wirthschaftliche Selbständigwerden des Hauskindes (sog. separata oeconomia) von Rechts wegen von der väterlichen Gewalt befreit wird (sog. emancipatio Saxonica).

Die Emancipation bewirkt für das Kind eine capitis demi-

---

1) Nur gewisse hohe Würden befreien von der väterlichen Gewalt, wie im Eingang des Paragraphen bemerkt ist.

nutio minima, weil es aus der bisherigen Agnationsverwandtschaft ausscheidet (S. 85). Das emancipirte Kind ist das Haupt einer neuen Familie. Es ist nach Civilrecht verwandtenlos, so lange es nicht nach der Emancipation sich durch Kinderzeugung eine neue agnatische Verwandtschaft geschaffen hat.

Gaj. Inst. I § 132: Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse; sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi, sive masculini sexus, sive feminini, una mancipatione exeunt de parentum potestate. Lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: SI PATER FILIUM TER VENUMDUIT, A PATRE FILIUS LIBER ESTO. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui, is eum vindicta manumittit. Eo facto revertitur in potestatem patris. Is eum iterum mancipat, vel eidem, vel alii: sed in usu est, eidem mancipari. Isque eum postea similiter vindicta manumittit. Quo facto cum rursus in potestatem patris fuerit reversus, tertio pater eum mancipat, vel eidem, vel alii: sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur: eaque mancipatione desinit in potestate patris esse.

§ 6. 7 I. h. t. (1, 12): Praeterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed ea emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quae per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut, fictione pristina explosa, recta via apud competentes judices, vel magistratus parentes intrent et filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes ac deinceps sua manu dimitterent. Et tunc ex edicto praetoris in hujus filii vel filiae, nepotis vel neptis bonis, qui vel quae a parente manumissus, vel manumissa fuerit, eadem jura praestantur parenti. quae tribuuntur patrono in bonis liberti. — Admonendi autem sumus, liberum esse arbitrium ei, qui filium et ex eo nepotem, vel neptem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere, et ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere, vel omnes sui juris efficere.

L. 3 § 1 D. de capite minutis (4, 5) (Paulus): Emancipato filio — capitis minutio manifesto accidit, cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus.

III. Die Vormundschaft.

§ 90.

Die Arten der Vormundschaft.

Die vormundschaftliche Gewalt ist die Familiengewalt, welche Ersatz bietet für die fehlende väterliche Gewalt.

Das römische Recht unterscheidet zwei Arten der Vormundschaft: tutela und cura. Tutor und Curator haben Beide die Sorge sowohl für die Person wie für das Vermögen des Mündels. Aber die Stellung, welche sie zu dem Vermögen des Mündels einnehmen, ist eine grundsätzlich verschiedene.

Das Wesen der tutela ist die auctoritatis interpositio, d. h. die präsente Beihülfe zum Abschluss von Rechtsgeschäften. Durch seinen unmittelbar bei Abschluss des Geschäfts ertheilten Consens macht der tutor den Mündel fähig, das Geschäft selber abzuschliessen. Die Tutel ist grundsätzlich das Mittel, um den unvollkommen Handlungsfähigen von seiner Unfähigkeit zu heilen. Mit der auctoritatis interpositio kann sich das Recht der Vermögensverwaltung (gestio), d. h. das Recht, anstatt des Mündels die Vermögensverwaltungsgeschäfte abzuschliessen, verbinden, aber nothwendig ist dem tutor die Vermögensverwaltungsbefugniss nicht.

Die tutela hat zwei Anwendungsfälle: die tutela impuberum (mit dem Recht der gestio) und die tutela mulierum (ohne das Recht der gestio).

Das Wesen der cura ist dagegen die Befugniss zur Vermögensverwaltung (gestio), d. h. das Recht des Curators, anstatt des Mündels über das Vermögen desselben zu disponiren. Der Curator ist bestimmt, den Verwaltungsunfähigen von der Verwaltung seines Vermögens auszuschliessen. Es kann keinen curator ohne gestio geben. Dagegen fehlt dem curator die auctoritatis interpositio. Er kann dem Handlungsunfähigen nicht helfen, dennoch selbst zu handeln.

Die römische cura hat drei Anwendungsfälle: die cura minorum (über einen vollkommen Handlungsfähigen), die cura

prodigi (über einen unvollkommen Handlungsfähigen), die cura furiosi (über einen vollkommen Handlungsunfähigen).

Aus den entwickelten Grundsätzen ergiebt sich von selbst die Form, welche die römische Vormundschaft in den einzelnen Anwendungsfällen annimmt.

I. Die Altersvormundschaft hat die beiden Stufen der tutela impuberum und der cura minorum.

1) Tutela impuberum. Der tutor handelt anstatt des Mündels (in Ausübung seines Rechtes der gestio), oder der Mündel handelt, sobald er die infantia überschritten hat, unter Beihülfe des tutor (auctoritatis interpositio), sofern es sich um Veräusserungs- oder Verpflichtungsgeschäfte handelt. Erwerbsgeschäfte schliesst der impubes infantia major ohne Mitwirkung des tutor gültig allein ab (oben S. 99).

2) Cura minorum. Die lex Plaetoria (186 v. Chr.) gestattete, dass der vaterlose pubes minor XXV annis aus besonderen Gründen von der Obrigkeit (dem Prätor) einen curator sich erbitte. Diese Erbittung ward dann die Regel, auch wenn keine besondern Gründe vorlagen. Der minor pubes ist und bleibt vollkommen handlungsfähig, auch wenn er einen curator hat, wird aber durch die Bestellung dispositionsunfähig: das Recht der Vermögensverwaltung geht von ihm auf den curator über. Seine Erwerbsgeschäfte sind nach wie vor schlechtweg gültig, aber für seine Veräusserungs- und Verpflichtungsgeschäfte bedarf es der Genehmigung des curator (welche vor, bei oder nach dem Rechtsgeschäft ertheilt werden kann), um dasselbe für sein Vermögen wirksam zu machen. Vgl. S. 100.

pr. I. de auct. tut. (1, 21): Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria: ut ecce, si quid dari sibi stipuletur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit, meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore.

pr. I. de curat. (1, 23): Masculi quidem puberes et feminae viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen hujus aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint.

§ 2 eod.: Item inviti adulescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.

II. Die tutela mulierum. Um ihres Geschlechtes willen steht auch die erwachsene Frau, falls sie weder in patria potestate noch in manu mariti sich befindet, noch nach klassischem Recht unter Vormundschaft (Geschlechtsvormundschaft) eines tutor, dessen auctoritatis interpositio der Frau für den gültigen Abschluss aller Verpflichtungsgeschäfte und aller negotia juris civilis (z. B. Mancipation, in jure cessio, Testament) unentbehrlich ist. Die Frau selber verwaltet ihr Vermögen — der tutor mulieris hat keine gestio —, aber zu ihrer Vermögensverwaltung bedarf die Frau in den genannten Fällen[1]) der in praesenti ertheilten Genehmigung ihres tutor. Die hierin liegende Beschränkung war jedoch schon in der klassischen Zeit eine blosse Form. Der tutor, welcher seine auctoritas verweigerte, konnte von der Frau zur Ertheilung derselben gezwungen werden; die legitima tutela agnatorum aber, von welcher das ganze Institut ausgegangen war und welche eine wirkliche Gewalt über die Frau bedeutete, weil hier der Frau keine Erzwingung der auctoritas zustand, war bereits durch eine lex Claudia aufgehoben.

In der nachklassischen Zeit ist das ganze Institut der tutela mulierum verschwunden.

Ulp. fragm. tit. 11 § 1: Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis; sed masculis quidem impuberibus dumtaxat propter aetatis infirmitatem, feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam.

Eod. § 25: Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt, mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.

Eod. § 27: Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege, aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant, in contubernio alieni servi morari, si rem mancipii alienent; pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipii alienatione tutoris auctoritate opus est.

Gaj. Inst. II, § 190: mulieres, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor

1) Nach altem Civilrecht, welches nur negotia juris civilis kennt, war also die Frau für alle Rechtsgeschäfte von dem alleinigen Abschluss derselben ausgeschlossen.

interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.

III. Die cura furiosi ermächtigt und verpflichtet den curator, das Vermögen des Wahnsinnigen anstatt desselben zu verwalten.

IV. Die cura prodigi unterscheidet sich dadurch von der cura furiosi, dass hier der prodigus selber zu eignen Erwerbsgeschäften fähig ist. Von Veräusserungs- und Verpflichtungsgeschäften ist er durch Bestellung der cura ausgeschlossen; sie müssen vom curator im Namen des prodigus abgeschlossen werden.

V. Unter besonderen Umständen kann auch ein curator mit beschränkter Vollmacht bestellt werden, so z. B. für den Altersschwachen oder Gebrechlichen (sog. cura debilium personarum) oder zur Aushülfe neben einem tutor.

§ 3 I. de curat. (1, 23): Furiosi quoque et prodigi, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romae praefectus urbis, vel praetor, et in provinciis praesides ex inquisitione eis dare curatores.

§ 4 eod.: Sed et mente captis et surdis et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt. § 5. Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. Item, si testamento datus tutor, vel a praetore, vel a praeside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administrat, solet ei curator adjungi. Item in locum tutorum, qui — ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.

§ 91.

Delation und Acquisition der Vormundschaft.

Der Delationsgrund benennt den Vormund für den concreten Einzelfall; der Acquisitionsgrund macht zum Vormund.

I. Die Delationsgründe. a) Für die tutela giebt es drei Delationsgründe: das Gesetz (tutela legitima), das Testament (tutela testamentaria) und die obrigkeitliche Ernennung (tutela dativa).

Die tutela legitima gebührt dem nächsten zur Vormundschaft fähigen Erben des Mündels, also nach Civilrecht dem

nächsten Agnaten (eventuell, wenn kein Agnat da ist, dem nächsten Gentilen). Mit der Reform des Erbrechts hat dann das spätere Kaiserrecht auch die gesetzliche Berufung zur Vormundschaft reformiren müssen. Nach justinianischem Recht wird kraft Gesetzes der nächste, zur Vormundschaft fähige Cognat des Mündels berufen.

Aber in der patria potestas (und ebenso in der manus mariti) ist das Recht enthalten, die tutela legitima durch testamentarische Ernennung eines Vormundes auszuschliessen (tut. testamentaria). Dem Testament des Vaters wird das im Testament bestätigte Codicill (vgl. unten § 102) gleichgeachtet. Hat der Vater aber in einem nicht bestätigten Codicill, oder hat er einem emancipatus, oder hat ein Dritter (z. B. die Mutter) dem Mündel einen Vormund im Testament ernannt, so bedarf es immer der obrigkeitlichen Bestätigung (confirmatio), welche jedoch der väterlichen Ernennung (in den genannten zwei Fällen) gegenüber sine inquisitione, also ohne Weiteres (die confirmatio ist hier eine blosse Form), in den übrigen Fällen jedoch erst ex inquisitione, nach freiem Ermessen ertheilt wird.

Ist weder ein tutor legitimus noch ein tutor testamentarius vorhanden, so hat die Obrigkeit das Recht, einen tutor zu ernennen (tutela dativa). Dies Recht empfing der praetor urbanus (unter der Verpflichtung, die Volkstribunen, wenigstens die Mehrheit derselben, als consilium zuzuziehen) für die Stadt Rom durch die lex Atilia (tutor Atilianus). Für die Provinzen ward es sodann durch die lex Julia et Titia dem praeses provinciae gegeben. Später gab es in Rom besondere praetores tutelares, und wurden auch noch andere Magistrate (Consuln, Municipalmagistrate) mit dem Recht der tutoris datio gesetzlich ausgerüstet. Zur postulatio tutoris, d. h. zur Erbittung eines tutor dativus, sind in solchem Fall die nächsten Intestaterben des Mündels, insbesondere Mutter und Grossmutter, verpflichtet; eventuell gehen sie, falls der Mündel noch in der Unmündigkeit verstirbt, ihres Intestaterbrechts verlustig.

Ulp. fragm. tit. 11 § 14: Testamento nominatim tutores dati confirmantur lege duodecim tabularum his verbis: VTI LEGASSIT SVPER PECVNIA TVTELAVE SVAE REI, ITA IVS ESTO: qui tutores dativi appellantur.

§ 3 I. de tut. (1, 13): Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filio filiaque omnimodo procedit, nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri.

pr. I. de leg. adgn. tut. (1, 15): Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

pr. I. de Atiliano tutore (1, 20): Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Roma a praetore urbano et majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia, in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Julia et Titia. § 1. Sed, et si testamento tutor sub conditione, aut die certo datus fuerat, quamdiu conditio, aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item, si pure datus fuerit, quamdiu nemo ex testamento heres existat, tamdiu ex isdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat tutor esse, si conditio existeret, aut dies veniret, aut heres existeret. § 3. Sed ex his legibus pupillis tutores desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt, deinde praetores ex constitutionibus. Nam supra scriptis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quidquam cavetur.

b) die Berufung zur cura erfolgt grundsätzlich durch obrigkeitliche Ernennung. Auch die cura legitima der nächsten Agnaten (ev. Gentilen) über den furiosus und über den prodigus, welcher das ab intestato ererbte Vermögen verschleuderte, musste durch prätorisches Decret gegeben werden.

Ulpian. fragm. tit. 12 § 1: Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur. § 2. Lex duodecim tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum. § 3. A praetore constituitur curator, quem ipse praetor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona: his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri, libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit. § 4. Praeterea dat curatorem ei etiam, qui nuper pubes factus idonee negotia sua tueri non potest.

II. Die Fähigkeit zur Vormundschaft ist Voraussetzung für die Delation der Vormundschaft. Dem Unfähigen wird die Vormundschaft nicht deferirt, auch wenn er z. B. im Testament des Vaters zum tutor ernannt wäre. Unfähig zur Vormundschaft sind nach römischem Recht Nichtbürger, Frauen (ausgenommen Mutter und Grossmutter, welche für die Dauer ihres Wittwenstandes die Tutel über ihre unmündigen Kinder erbitten dürfen), — und wer selbst der Vormundschaft bedarf.

L. 18 D. de tut. (26, 1) (Neratius): Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.

§ 13 I. de exc. tut. (1, 25): Minores autem XXV annis olim quidem excusabantur; a nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam aspirare — cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

III. Die Acquisition der Vormundschaft erfolgt grundsätzlich ipso jure, d. h. der Delationsgrund ist zugleich Acquisitionsgrund. Der rechtsgültig berufene Vormund ist ohne Weiteres Vormund. Er ist nicht berechtigt, die Vormundschaft abzulehnen. Die Uebernahme der Vormundschaft ist ein munus publicum. Nur aus bestimmten, vom Gesetz festgestellten „Excusationsgründen" kann die deferirte und grundsätzlich damit auch acquirirte Vormundschaft abgelehnt werden, wenn der Excusationsgrund rechtzeitig bei der Obrigkeit geltend gemacht wird.

Allein dem tutor testamentarius steht es frei, der Vormundschaft willkürlich sich zu entschlagen (abdicare), und der vom Prätor zum curator Ernannte kann durch Benennung eines näher Verpflichteten (potioris nominatio) der Vormundschaft sich entziehen.

L. 5 § 10 D. de adm. tut. (26, 7) (Ulpian.): Ex quo innotuit tutori, se tutorem esse, scire debet, periculum tutelae ad eum pertinere.

L. 1 § 1 eod. (Ulpian.): Id enim a divo Marco constitutum est, ut qui scit, se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.

pr. I. de exc. tut. (1, 25): Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis. Plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint sive emancipati. Si enim tres liberos quis superstites

Romae habeat, vel in Italia quattuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari.

§ 16 eod.: Qui excusare se volunt, non appellant, sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, — si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt. Si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum. Quod tamen, ut Scaevola dicebat, sic debet computari, ne minus sint quam quinquaginta dies.

Fragm. Vat. § 157: Tunc demum excusandus est, qui prius datus fuerat, si is, quem nominaverit, et potior necessitudine et idoneus re fideque nec absens deprehendatur.

§ 92.

Die Wirkung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft bevollmächtigt den Vormund einerseits, und sie verpflichtet den Vormund andererseits.

I. Sie bevollmächtigt den Vormund nach Massgabe seiner gestio (seines Rechts zur Vermögensverwaltung). Also: der tutor kann ohne Vollmacht sein, der curator nicht. Die Vollmacht des mit dem Recht der gestio ausgerüsteten Vormundes ist im Zweifel die Befugniss, alle Rechtsgeschäfte im Namen des Mündels und mit Wirkung für den Mündel abzuschliessen. Nur Schenkungsgeschäfte sind ausgenommen, und nach einer oratio divi Severi (195 n. Chr.) auch die Veräusserung von praedia rustica und suburbana des Mündels. Dies Veräusserungsverbot ist dann auf alle erheblicheren Veräusserungen, welche nicht zur laufenden Verwaltung gehören, erstreckt worden. Zur gültigen Veräusserung gehört in solchem Fall ein obervormundschaftliches Veräusserungsdecret.

Es können mehrere Vormünder für denselben Mündel bestellt sein, z. B. durch Testament, oder in Folge gleich naher Verwandtschaft. Dann hat jeder einzelne Vormund im Zweifel volle Vollmacht. Es kann aber eine Theilung der Vollmacht bestimmt sein, nach Geschäftszweigen, oder nach örtlichen Rücksichten u. s. f. Es kann auch Einem allein die Vollmacht (natürlich dann die ganze Vollmacht) gegeben sein. Dieser Eine heisst dann tutor gerens. Die Vormünder ohne Vollmacht heissen

tutores honorarii. Der Mangel der Vollmacht (gestio) nimmt aber nicht das Recht der auctoritatis interpositio. Der tutor honorarius kann zwar nicht anstatt des Mündels handeln, aber er kann dem Mündel durch seine auctoritas helfen, selbst zu handeln. Die auctoritatis interpositio hat als solche die Vollmacht weder zur Voraussetzung, noch zum Inhalt[1]).

L. 1 pr. D. de reb. eor. (27, 9) (ULPIAN.): Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores, praedia rustica vel suburbana distrahere.

L. 22 § 6 C. de adm. tut. (5, 37) (CONSTANTIN.): Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti; exceptis his dumtaxat vestibus, quae detritae usu, aut corruptae servando servari non poterint. § 7. Animalia quoque supervacua minorum, quin veneant, non vetamus.

L. 5 pr. C. de auct. praest. (5, 59) (JUSTINIAN.): Veterem dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem vel per inquisitionem dati tutoris et unius auctoritas sufficiebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati, legitimi autem vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur, sancimus, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno sive ex lege vocati, sive a iudice vel ex inquisitione vel simpliciter dati, et unius tutoris auctoritatem omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio vel pro regionibus vel pro substantiae partibus. — § 1. Sed haec omnia ita accipienda sunt, si non res, quae agitur, solutionem faciat ipsius tutelae, utputa si pupillus in adrogationem se dare desiderat. — § 2. Tunc etenim — necesse est, omnes suam auctoritatem praestare. — § 3. Quae omnia simili modo et in curatoribus observari oportet.

II. Die Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet den Vormund zur sorgfältigen Geschäftsführung. Alles was im Interesse des Mündels ordentlicher Weise zu geschehen hat,

---

1) Daher ist denn auch der tutor gerens mit blosser Theilvollmacht dennoch immer tutor honorarius (mit dem Recht der auctoritatis interpositio) für jede Handlung des Mündels. Aber die auctoritatis interpositio vermag als solche nur die Formrichtigkeit der Rechtshandlung herbeizuführen. Die Entscheidung, ob das Veräusserungs- oder Verpflichtungsgeschäft vorzunehmen ist, gehört zur gestio. — Daher genügt die auctoritatis interpositio eines tutor honorarius nicht, um die materielle Gültigkeit einer solchen Disposition herbeizuführen, vgl. Puchta, Vorlesungen § 352. — Ueber den Unterschied von auctoritas und gestio s. A. Pernice, Labeo, Bd. 1 (1873) S. 184 ff.

um sein Vermögen nicht blos zu erhalten, sondern auch zu vermehren, z. B. durch geeigneten Ankauf von Grundstücken oder verzinsliche Anlegung von Mündelgeldern, oder Fortsetzung des dem Mündel gehörigen Gewerbebetriebes, alle Handlungen dieser Art liegen dem Vormund ob, damit für den Mündel ebenso gut gesorgt sei, wie wenn der Mündel selbst im Stande wäre, seinem Vermögen vorzustehen. Doch haftet der Vormund nur für diligentia quam suis rebus (vgl. oben S. 228). Weil er nicht aus freien Stücken, sondern in Folge Rechtspflicht zur Vormundschaft kommt, genügt es, wenn er auf die Angelegenheiten des Mündels die gleiche Sorgfalt wendet, wie auf seine eigenen. Hat der Vormund aber diese Diligenz versäumt, so schuldet er dem Mündel Schadensersatz. Ebenso natürlich, wenn er ohne obrigkeitliches Decret, also unter Ueberschreitung seiner Vollmacht, wichtigere Veräusserungshandlungen vornahm, oder die Mündelgelder unterschlug oder in eigenen Nutzen verwandte, u. s. f. Um diese Schadensersatzpflicht sicher zu stellen, ist der Vormund (von Ausnahmsfällen abgesehen[2]) verpflichtet, bei Antritt der Vormundschaft die Vormundschaftscaution (rem pupilli salvam fore) durch Bürgen oder Pfandbestellung zu leisten. Ja, dem Mündel steht kraft späteren Kaiserrechts ein gesetzliches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen seines Vormundes zu.

Ferner haftet der Vormund nach Beendigung der Vormundschaft für Rechenschaftslegung und für Herausgabe des Mündelvermögens an den Mündel.

Diese Pflichten des Vormundes geltend zu machen, dient dem Mündel die actio tutelae directa gegen den Vormund, — nach römischem Recht eine infamirende Klage (vgl. oben S. 88). Sind mehrere Vormünder bestellt, so haftet jeder Vormund auf das Ganze (ein Fall der solidarischen Obligation, oben S. 206), aber bei getheilter Vollmacht, oder wo nur Einer überhaupt bevollmächtigt war, zunächst der Bevollmächtigte und an erster Stelle Verantwortliche. Die Uebrigen nur subsidiär. Ausserdem können, gleichfalls subsidiär, Diejenigen in Anspruch genommen

2) Von der Pflicht zur Bestellung der Vormundschaftscaution befreit ist der vom Vater und der von einem höheren Magistrat ernannte Vormund.

werden, welche den Vormund vorschlugen (postulatores, nominatores), oder seine Tauglichkeit vor der Obrigkeit bezeugten (affirmatores), sowie endlich die Obrigkeit selbst (aber nach römischem Recht nur magistratus minores, z. B. Municipalmagistrate), welche bei Bestellung oder Beaufsichtigung des Vormundes nachlässig gewesen ist.

Wegen Unterschlagung von Mündelgut wird gegen den Vormund die actio rationibus distrahendis auf das Doppelte gegeben (Schadensersatz und Strafe).

Der Vormund hat seinerseits gegen den Mündel ein Recht, seine Auslagen ersetzt zu verlangen, welches er mit actio tutelae contraria geltend macht.

Im Fall der cura sind die Klagen aus der negotiorum gestio zuständig (oben S. 232).

Protutor ist, wer in der Rolle eines Vormunds gehandelt hat (mochte er sich für den Vormund halten oder nicht), ohne es zu sein, oder, falls er wirklich Vormund war, ohne es zu wissen. Hier wird actio protutelae directa und contraria gegeben.

L. 1 pr. D. de tut. (27, 3) (ULPIAN.): In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc (tutelae) judicio, praestando dolum, culpam, et quantam in suis rebus diligentiam.

§ 2 I. de oblig. quasi ex contr. (3, 27): Tutores quoque, qui tutelae judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur. Nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur. Sed, quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelae actionem, sed et ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori ejus obligaverit.

pr. I. de satisd. tut. (1, 24): Ne tamen pupillorum pupillarumve et eorum, qui quaeve in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusve consumantur, vel deminuantur, curat praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum. Nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.

L. 2 pr. D. de tut. (27, 3) (PAULUS): Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis

pupilli abstulerit. — § 2. Haec actio, licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est.

L. 4 § 3 eod. (PAULUS): Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est, quae competit etiam dum negotia gerit.

§ 2 I. de satisd. tut. (1, 24): Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos, qui satisdationes accipiunt, subsidiariam actionem esse, quae ultimum eis praesidium possit afferre. Subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omnino a tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverint, aut non idonee passi essent caveri.

L. 1 § 1 D. de conv. mag. (27, 8) (ULPIAN.): Neque praetor neque quis alius, cui tutoris dandi ius est, hac actione tenebitur.

§ 93.

Die Aufhebung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft endigt (von Tod und magna capitis deminutio abgesehen) ipso jure mit der Aufhebung des Grundes, welcher sie erzeugte, z. B. durch Grossjährigkeit des Mündels, durch Genesung des Geisteskranken.

Ausserdem giebt es eine Absetzung des Vormundes durch die Obervormundschaft, und zwar eine *einfache Absetzung* des zur Verwaltung der Vormundschaft Ungeeigneten (sog. excusatio necessaria), und eine *schimpfliche* (nach römischem Recht im Fall des dolus infamirende) Absetzung des treulosen Vormundes (sog. remotio suspecti tutoris). Berechtigt zur accusatio suspecti ist Jedermann, verpflichtet ist der Mitvormund.

pr. I. quib. mod. tutela finitur (1, 22): Pupilli pupillaeque, cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. — § 1. Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati. Item, si in servitutem pupillus redigatur, vel ab hostibus fuerit captus.

§ 3 eod.: Simili modo finitur tutela morte, vel tutorum, vel pupillorum. § 4. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit, ceterae non pereunt. Sed pupilli et pupillae capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit. § 5. Praeterea, qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.

§ 6 eod.: Desinunt autem esse tutores, qui vel removentur a tutela ob id, quod suspecti visi sunt, vel ex justa causa sese excusant et onus administrandae tutelae deponunt.

pr. I. de susp. tut. (1, 26): Sciendum est, suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere. § 1. Datum est autem jus removendi suspectos tutores Romae praetori, et in provinciis praesidibus earum et legato proconsulis. § 2. Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere. Nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive non, sed alterius generis tutores. Quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famae patroni parcendum, licet, ut suspectus, remotus fuerit.

§ 3 eod.: Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere. Quinimmo et mulieres admittuntur ex rescripto divorum Severi et Antonini, sed hae solae, quae pietatis necessitudine ductae ad hoc procedunt, ut puta mater; nutrix quoque et avia possunt, potest et soror. — § 4. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare. — § 5. Suspectus est autem, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut et Julianus quoque scripsit. — § 6. Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam, non aeque.

§ 94.

Die Obervormundschaft.

Die Obervormundschaft ist die Staatsgewalt als Aufsichtsgewalt über die Vormundschaft. Sie sorgt schon nach römischem Recht für die Installirung des Vormundes, für die Bestellung der Vormundschaftscaution, für die Aufnahme eines Inventars. Unter Umständen liegt ihr auch die Berufung des Vormundes ob (oben S. 308). Sie hat zu wichtigeren Veräusserungshandlungen ihre Zustimmung zu ertheilen (S. 311) und unter Umständen die Absetzung des Vormundes zu vollziehen. Das gemeine deutsche Pandektenrecht hat die Befugnisse der Obervormundschaft noch bedeutend erweitert, und die Obervormundschaftsbehörde zum Range einer Art oberleitender Instanz für die gesammte Vormundschaftsführung erhoben.

L. ult. § 2 C. arbitr. tut. (5, 51) (Justinian.): Illo procul dubio observando, ut non audeat tutor, vel curator, res pupillares

vel adulti aliter attingere, vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi prius inventario publice facto, secundum morem solitum, res eis tradantur; nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi vetuerint. § 3. Sciturís tutoribus et curatoribus, quod, si inventarium facere neglexerint, et quasi suspecti ab officio removeantur, et poenis legitimis, quae contra eos interminatae sunt, subjacebunt, et postea perpetua macula infamiae notabuntur, neque ab imperiali beneficio absolutione hujusmodi notae fruituri.

Zweites Kapitel.

Das Erbrecht.

§ 95.

Grund und Begriff der Erbfolge.

Das Wesen des Vermögenrechts und ebenso der vermögensrechtlichen Verbindlichkeit (Obligation) ist die Unsterblichkeit. Der Eigenthümer mag sterben, das Eigenthum wird ihn überleben. Der Schuldner kann durch Tod hinweggenommen werden, nicht aber seine Schuld. Dadurch unterscheiden sich die Privatrechtsverhältnisse von den Rechten und Pflichten des öffentlichen und des Familienrechts, welche grundsätzlich mit der Person des Berechtigten, bezw. Verpflichteten, untergehen. Auch einige Privatrechtsverhältnisse giebt es, welche kraft ihres Inhalts an eine bestimmte Person geknüpft sind, und deshalb mit derselben verschwinden, z. B. der Niessbrauch, die Strafzahlungschuld aus dem Delicte. Aber das grundsätzliche Wesen des Privatrechts und der Privatschuld ist, sein Subject überleben und auf ein neues Subject übergehen zu können. Das Vermögen wird nicht zerstört durch den Tod seines Inhabers.

Weshalb? Weil die Familie noch da ist nach dem Tod des Einzelnen. In der Urzeit ist die Familie die einzige Eigenthümerin, — es giebt nur collectives Eigenthum. Aus dem Familieneigenthum ist dann auf der einen Seite das Gesammteigenthum der Gemeinde, auf der andern Seite das Privateigenthum des Einzelnen

entsprungen. Das Familienerbrecht ist die Nachwirkung jenes ursprünglichen Familieneigenthums auf das Privateigenthum. Mit dem Inhaber des Vermögens ist das eigentliche Subject des Vermögens nicht gestorben: die Familie ist noch da. Sie überlebt den Verstorbenen, und durch sie überlebt ihn sein Vermögen.

Die Familie beerbt den Verstorbenen kraft Rechtssatzes, kraft gesetzlicher Nothwendigkeit, kraft ihres (einstigen) Miteigenthums an dem Vermögen. Aber die Idee des Privateigenthums wird stärker werden als die überlieferte Idee des Familieneigenthums, und durch das Mittel des Testaments wird der Eigenthümer sein vollfreies Verfügungsrecht, d. h. sein Alleineigenthum auch von Todes wegen der Familie gegenüber realisiren. Der Intestaterbfolge, welche die einzige Erbfolge alten Styls ist, tritt die testamentarische Erbfolge gegenüber. Aber die Erinnerungen einstigen Familieneigenthums werden nicht vollständig verschwinden. Das Anrecht gewisser nächster Angehörigen ist so stark, dass es das Aufkommen des Alleineigenthums überdauert. Es kommt hinzu, dass die Interessen dieses nächsten Familienkreises zugleich in gewissem Sinne öffentliche Interessen sind: der Staat ist daran interessirt, dass den nächsten Angehörigen, welche auf den Erblasser in Bezug auf ihre Existenz angewiesen sind, das Vermögen nicht ohne Grund entzogen werde. Deshalb wird mit der Entwickelung der testamentarischen Erbfolge gleichzeitig eine Erbfolge gegen das Testament (sog. Notherbfolge) aufkommen, welche zunächst das Gebiet bezeichnet, wo das Familieneigenthum noch reagirt gegen das Alleineigenthum (Notherbrecht alten Styls), welche sodann aber unter den Händen der Gesetzgebung das ganze Gebiet ergreift, wo die Interessen der Familie zugleich Interessen des Staates sind. Der Testator wird genöthigt werden, in gewissem Mass den Ansprüchen seiner nächsten Angehörigen gerecht zu werden, und das Notherbrecht wird dem Zusammentreffen der Familieninteressen und der öffentlichen Interessen in gleicher Weise Ausdruck geben, wie das Intestaterbrecht den uralten Rechten der Familie, das testamentarische Erbrecht aber den Rechten des Individuums.

Die Familie — in welche der testamentarische Erbe nach der ursprünglichen Anschauung, die noch jedes andere Erbrecht ausser dem Familienerbrecht perhorrescirt, gewissermassen durch Rechts-

geschäft aufgenommen wird — bedeutet die Kraft, welche das Vermögen im Fall des Todes vor dem Untergange rettet, und damit Erbrecht und Erbfolge hervorbringt.

Die Form aber, welche die römische Jurisprudenz der Erbfolge gegeben hat, ist die der Universalsuccession. Das heisst: das Vermögen wird als Ganzes erhalten, mit seinen Rechten, mit seinen Schulden, und als Ganzes geht es auf den (oder die) Erben über. Durch diese Idee der Universalsuccession hat das römische Erbrecht die ihm innewohnende geistige Ueberlegenheit über das deutsche Erbrecht gewonnen, welche dann nach der Reception zum Sieg der römischen Erbrechtsbegriffe über die deutschen geführt hat. Das deutsche Erbrecht ist über den naiven Standpunkt der Urzeit, welcher die einzelnen Stücke des Nachlasses auf die Erben vertheilt (Standpunkt der Singularsuccession) nicht hinausgekommen. Das römische Recht, kühner vorangehend, hat von der Singularsuccession, welche auch hier den Ausgangspunkt gebildet hat, den Fortschritt zur Universalsuccession gefunden. Hier wird das Vermögen nicht nach reellen Theilen auf die Erben verzettelt. Das Vermögen bleibt vielmehr eine Einheit. Jedem Erben fällt grundsätzlich das ganze Vermögen zu. Wenn mehrere Erben eintreten, und daher concursu partes fiunt, so theilt sich die Erbschaft unter sie nach ideellen (aliquoten) Theilen. Kein Erbe kann eine Sache (ein einzelnes Nachlasstück) erben. Eine Erbfolge giebt es nur in das Vermögen, in die Gesammtheit von Rechten und Schulden, welche der Erblasser hinterlässt.

Die praktische Bedeutung der Universalsuccession liegt auf dem Gebiet der Schuldennachfolge, und sicher war hier der Punkt, von welchem aus das römische Recht zu der Idee der Universalsuccession gelangte, um mittelst derselben die Welt des Erbrechts zu erobern. Theilt man den Nachlass nach einzelnen Stücken, so entsteht die schwerwiegende Frage: wo werden die Schulden bleiben? Die Erbfolge mit Singularsuccession gefährdet die Erbschaftsgläubiger. Ganz anders, wenn die Gesammtheit von Rechten und Pflichten als Einheit auf die Erben übergeht: der Erbe wird als Alleinerbe mit dem ganzen Vermögen die ganze Schuld; er wird als Theilerbe mit einem aliquoten Theil des Vermögens auch einen aliquoten Theil der Schuld überkommen

(wenn die Schuld nämlich theilbar ist; sonst werden alle Erben solidarisch, also jeder auf das Ganze haften).

Aber es bleibt noch eine Frage übrig. Haftet der Erbe nur mit der Erbschaft für die Schulden des Erblassers, oder haftet er auch mit seinem eignen Vermögen? Für den Standpunkt eines Erbrechts mit Singularsuccession ist nothwendig die erste Alternative gegeben. Die Idee der Universalsuccession schliesst nicht nothwendig die zweite Alternative in sich, aber sie lässt sie als möglich erscheinen, und für das römische Erbrecht ist es charakteristisch, dass es seine Idee von der Universalsuccession gerade im Sinne der zweiten Alternative ausgebildet hat: der Erbe haftet nach römischem Recht für die Schulden des Erblassers auch mit seinem eigenen Vermögen. Also: er haftet, wie wenn diese Schulden von ihm selber contrahirt wären. Oder, noch deutlicher ausgedrückt: er haftet gerade so, als ob er der Erblasser selbst wäre.

Hiermit ist das Wesen der römischen Universalsuccession ausgesprochen. Die römische Erbfolge ist weder Nachfolge in einzelne Rechte oder Schulden (Singularsuccession), noch auch blosse Nachfolge in das Vermögen als Einheit (Universalsuccession im weiteren Sinne des Worts), sie ist vielmehr zunächst und an erster Stelle Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers (Universalsuccession im Sinn des Erbrechts). Das heisst: der Erbe gilt für das Privatrecht (für Eigenthumsverhältnisse, Schuldenverhältnisse u. s. f.) so als ob er der Erblasser wäre. Als Erbe ist er vielmehr der Erblasser, und darum berechtigt gleich dem Erblasser und verpflichtet gleich dem Erblasser. Er ist (als Erbe) ununterscheidbar von dem Erblasser. Folglich: der Erblasser ist für das Privatrecht nicht todt, er lebt vielmehr in der Person des Erben. Das römische Privatrecht hat die privatrechtliche Persönlichkeit, den Eigenthümer, den Schuldner, unsterblich gemacht. Die Unsterblichkeit der Vermögensrechte sowie der Schulden, deren materieller Grund, wie wir gesehen haben, in der Tragkraft der Familie liegt, erscheint in der durchsichtig klaren Ideengestaltung des römischen Rechts formell als die blos logische Consequenz der Unsterblichkeit ihres Inhabers.

Damit ist zugleich der volle Gegensatz zwischen Universal-

succession (in dem vollen Sinn des Worts, wie er vom römischen Erbrecht entwickelt worden ist) und Singularsuccession klargestellt. Die Singularsuccession, die Nachfolge in ein einzelnes Vermögensstück, bedeutet Wechsel des Subjects für das gleiche Rechtsverhältniss, die Universalsuccession aber Erhaltung des Subjects: das Wesen der Universalsuccession ist, keine Succession (Reihenfolge der Subjecte für das nämliche Rechtsverhältniss), sondern Continuation zu sein: es bleibt für das nämliche Rechtsverhältniss das nämliche Subject. In diesem Sinne ist die Universalsuccession Persönlichkeitsnachfolge, die Singularsuccession blosse Rechtsnachfolge. Den praktischen Unterschied aber spricht der Satz aus: die Singularsuccession lässt grundsätzlich nur Rechte, nicht Schulden, die Universalsuccession des Erbrechts aber auch die Schulden übergehen, und zwar mit der Wirkung, dass sie eigne Schulden des Erben werden: der Contrahent (der Erblasser) steht jetzt in der Person des Erben vor den Gläubigern.

Das Interesse, durch welches das römische Erbrecht fortentwickelt worden ist, war das Interesse der Erbschaftsgläubiger. Aber das Interesse der Gläubiger war mit dem Interesse des Schuldners selbst identisch. In demselben Augenblick, in welchem der Schuldner (kraft des Erbgangs) unsterblich wird, ist er creditfähig geworden. Jetzt giebt es einen Credit, welcher der Person gegeben werden kann (Personalcredit), denn die Person des Schuldners wird, auch wenn sie sterben sollte, nicht verschwinden: die Existenz seiner Persönlichkeit ist für das Privatrecht über die Zufälle dieses Lebens hinausgehoben worden.

In diesem Sinne ist das Wesen der Erbfolge die Universalsuccession, d. h. die Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen.

L. 62 D. de R. I. (50, 17) (JULIAN): Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit. Ebenso GAJUS in l. 24 D. de V. S. (50, 16).

L. 37 D. de adq. her. (29, 2) (POMPONIUS): Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

§ 96.
Delation und Acquisition des Erbrechts.

Der Delationsgrund benennt den Erben für den Einzelfall; der Acquisitionsgrund macht zum Erben.

I. Das römische Recht kennt drei Delationsgründe: den Rechtssatz, welcher zur Intestaterbfolge, das Testament. welches zur testamentarischen Erbfolge, den Rechtssatz in Widerspruch mit dem Testament, welcher zur Notherbfolge beruft (vgl. oben S. 318). Die testamentarische Erbfolge geht der Intestaterbfolge vor, die Notherbfolge der testamentarischen. Die Notherbfolge macht nicht immer das ganze Testament ungültig: die Notherbfolge kann also unter Umständen mit der testamentarischen Erbfolge concurriren, und der Erblasser dann zum Theil aus dem Testament, zum Theil kraft Rechtssatzes (gegen das Testament) beerbt werden. Dagegen schliessen die testamentarische und die Intestaterbfolge nach römischem Recht sich gegenseitig aus. Wer ein Testament macht, kann nicht für einen Theil seines Vermögens testiren, so dass er für einen andern Theil von seinen Intestaterben beerbt würde. Mag von vorneherein im Testament den eingesetzten Erben nicht die ganze Erbschaft zugewandt sein, oder mag nachträglich durch Ausschlagen der Erbschaft oder Tod (vor dem Erbschaftserwerb) ein Theil der Testamentserben hinwegfallen, immer wird auf die Testamentserben die ganze Erbschaft vertheilt; die freien (oder freigewordenen) Theile der Erbschaft accresciren den Testamentserben nach Verhältniss ihrer Erbportion. Erbeseinsetzung ist Einsetzung auf das ganze Vermögen. Nicht der Wille des Erblassers (dass der Eingesetzte z. B. nur ein Viertel der Erbschaft haben solle), sondern nur die Concurrenz von Miterben vermag ihn zu beschränken. Der Erblasser mag unter mehreren Miterben die Art ihrer gegenseitigen Beschränkung (ihre Quoten) frei bestimmen, er kann aber nicht bewirken, dass der Erbe durch den blossen Willen des Erblassers auf einen Theil der Erbschaft beschränkt sei, — die Erbeseinsetzung ist auch in diesem Sinne eine successio in universum jus defuncti, gewiss nicht ohne geschichtlichen Zusammenhang mit der Thatsache, dass auch bei den Römern, wie bei den Griechen und Deutschen, das Testament aus der Adoption hervorging (unten S. 348 a. E.): die

Adoption wirkt aber ihrer Natur nach für das ganze Vermögen des Adoptirenden. Daher der Rechtssatz: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

L. 151 D. de V. S. (50, 16) (Terentius Clemens): Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.

L. 39 D. de adq. her. (29, 2) (Ulpian): Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

L. 7 D. de R. I. (50, 17) (Pomponius): Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.

II. Die Acquisition des Erbrechts erfolgt nach römischem Recht in dreifach verschiedener Weise:

1) Die sui heredes, d. h. die agnatischen Descendenten des Erblassers, werden ipso jure Erben, ohne ihren Willen, ja gegen ihren Willen. Sie sind heredes sui et necessarii. In ihrem Erbrecht lebt das alte Familieneigenthum fort. Ihr Anrecht, welches sie schon (nach älterer Rechtsanschauung) bei Lebzeiten des Erblassers besassen, wird jetzt nur frei durch den Wegfall des Erblassers. Es handelt sich für sie nicht so sehr um Erwerb, als vielmehr um blosse Verwandlung ihres schon (in der Idee) bestehenden Miteigenthums neben dem Erblasser im Alleineigenthum. Darum bedarf es für sie einer Antretungshandlung nicht: der Delationsgrund ist für sie zugleich Acquisitionsgrund. Ja, auch die Ablehnung ist ihnen nach Civilrecht versagt: sie vermögen die Thatsache nicht zu ändern, dass sie als Familienglieder bereits „Eigenthümer“ (heredes)[1] des hinterlassenen Vermögens sind. Erst der Prätor gab den sui heredes das beneficium abstinendi, d. h. das Recht, sich durch Willenserklärung der Erbschaft zu entschlagen. Obgleich der suus dann nach Civilrecht Erbe blieb, war er doch von prätorischen Rechtswegen nicht Erbe, und versagte der Prätor den Erbschaftsgläubigern die Klage gegen ihn. Durch Ausübung des Erbrechts aber (immiscere se hereditati) ging das beneficium abstinendi verloren. So waren auch die sui nach prätorischem Rechte vor die Wahl gestellt, ob sie die Erbschaft annehmen (durch immiscere), oder ausschlagen wollten (durch abstinere). Die alte Idee des Familieneigenthums war damit an diesem Punkte beseitigt.

1) Herus, heres heisst dominus, Herr, Eigenthümer.

Sui heredes sind, wie schon bemerkt, die agnatischen Descendenten des Erblassers, d. h. diejenigen Descendenten, welche durch den Tod des Erblassers von der patria potestas frei werden, oder welche, falls sie noch bei Lebzeiten des Erblassers geboren wären, durch seinen Tod von der patria potestas befreit sein würden. Sui schlechtweg heissen diejenigen sui, welche zur Zeit der Errichtung des Testaments bereits sui waren; postumi sui werden diejenigen sui genannt, welche nach Errichtung des Testaments „agnasciren", sei es durch Geburt, sei es dadurch, dass sie durch Wegfall ihres parens nachträglich in die unmittelbare potestas des Erblassers (ihres väterlichen Grossvaters) eintreten und dadurch sui des Testators werden. Die uxor in manu gehört zu den sui heredes ihres Mannes (oben S. 278 a. E.), gerade wie (plene) adoptirte und arrogirte Hauskinder (oben S. 294), nicht aber das emancipirte Kind. Die Mutter hat keine sui heredes.

L. 11 D. de lib. et post. (28, 2) (Paulus): In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.

2) Andere Freie, welche zur Erbfolge berufen sind, erwerben das Erbrecht nicht ipso jure, sondern erst durch Antretungshandlung (aditio hereditatis), d. h. durch die Erklärung ihres Willens, die Erbschaft haben zu wollen. Sie sind und heissen daher heredes voluntarii. Ihre Antrittserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend gegeben werden; es genügt zum gültigen Antritt der Erbschaft nach klassischem Recht jede Handlung, durch welche der Wille, Erbe sein zu wollen, sich thatsächlich manifestirt (pro herede gestio). Einer formalen Antrittshandlung (cretio) bedarf es nach klassischem Recht nur dann, wenn der Erblasser sie in seinem Testament als Bedingung der Erbeseinsetzung ausdrücklich vorgeschrieben hatte. Mit der cretio schrieb der Testator zugleich die bestimmte Zeit

(gewöhnlich centum dies utiles) vor, binnen deren sie vorzunehmen war. Der eingesetzte Erbe hatte dann mit den solennen Worten anzutreten: Quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque. Von klassischen Civilrechts wegen gab es keine gesetzliche Frist für die Antrittshandlung. Doch konnte der Prätor auf Andrängen der Erbschaftsgläubiger dem berufenen Erben eine Deliberationsfrist ansetzen.

Die Ablehnung der deferirten Erbschaft heisst repudiatio. Sie erfolgt nach klassischem Recht durch den irgendwie geäusserten Willen, die Erbschaft nicht haben zu wollen. Die repudiatio ist unwiderruflich, ebenso wie umgekehrt die aditio hereditatis. Hatte der Testator jedoch in seinem Testament die cretio vorgeschrieben, so war die repudiatio ungültig (es konnte also trotzdem immer noch die cretio vorgenommen werden), und ging die Erbschaft nur durch Versäumung der Cretionsfrist verloren. Die Rechtssätze von der cretio haben für das justinianische Recht keine praktische Bedeutung mehr. Durch ein Gesetz von Arcadius und Theodosius ward die cretio aufgehoben [2]).

Ulp. fragm. tit. 22 § 25: Extraneus heres, siquidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres: si vero sine cretione, pro herede gerendo. § 26. Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur; velut qui auctionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria dat. § 27. Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem, nec ne, velut: TITIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM PROXIMIS, QUIBUS SCIERIS POTERISQUE. NISI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. § 28. Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum: QUOD ME MAEVIUS HEREDEM INSTITUIT, EAM HEREDITATEM ADEO CERNOQUE.

Eod. § 31: Cretio aut vulgaris dicitur, aut continua. Vulgaris, in qua adjiciuntur haec verba: QUIBUS SCIERIS POTERISQUE, continua, in qua non adjiciuntur. § 32. Ei, qui vulgarem cretionem habet, dies illi tantum computantur, quibus scivit, se heredem institutum esse et potuit cernere. Ei vero, qui continuam habet cretionem, etiam illi dies computantur, quibus ignoravit, se heredem institutum, aut scivit quidem, sed non potuit cernere.

Gaj. Inst. II, § 167: At is, qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest

2) Ueber das ursprüngliche Wesen der cretio vgl. unten S. 332. 333.

aut cernendo, aut pro herde gerendo, vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri, eique liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem. sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem: si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere. § 168. Sicut autem qui cum cretione heres institutus est, nisi creverit hereditatem, non fit heres, ita non aliter excluditur, quam si non creverit intra id tempus, quo cretio finita est; itaque licet ante diem cretionis constituerit, hereditatem non adire, tamen paenitentia actus, superante die cretionis, cernendo heres esse potest. § 169. At is, qui sine cretione heres institutus est, quive ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.

L. 17 C. de jure delib. (6, 30) (Arcad. Honor. et Theodos.): Cretionum scrupulosam sollemnitatem hac lege penitus amputari decernimus.

3) Der Testator kann nach römischem Recht auch seinen eigenen Sklaven zum Erben einsetzen, indem er ihn zugleich durch das Testament freilässt. Dann erwirbt der Sklave testamento die Freiheit (oben S. 76), und zugleich kraft rechtsnothwendigen Erwerbes die Erbschaft seines Herrn. Er ist heres necessarius, und zwar, im Unterschied von den heredes sui et necessarii, ohne beneficium abstinendi. Er muss, wenn die Erbschaft überschuldet ist, den Concurs mit seinen Folgen für seine Person durchmachen, haftet aber nur mit der Erbschaft, nicht mit anderweitigem, später erworbenen Vermögen.

Die Einsetzung eines fremden Sklaven dagegen deferirt die Erbschaft dem Herrn desselben, welcher dann nach freiem Ermessen den Sklaven antreten lassen kann oder nicht.

III. Hereditas jacens ist die Erbschaft vor dem Erbschaftserwerb. Sie besteht aus Rechten und Schulden. Ja, sie kann noch neue Rechte und Schulden erwerben. Das Erstere z. B. durch Separation von Früchten, durch Rechtsgeschäfte von Sklaven, durch Vollendung der Usucapion; das Zweite z. B. dadurch, dass ein Anderer für sie negotia gerirt (oben S. 232), dass der Erbschaftssklave delinquirt (oben S. 243) u. s. w.

Nach Antritt der Erbschaft wird der dann vollzogene Erbschaftserwerb des Erben zurückbezogen auf den Moment des Todes des Erblassers. Durch diesen Rechtssatz ist zugleich die

auf den ersten Blick so schwierige Frage entschieden: wer denn Subject der zur hereditas jacens gehörenden Rechte und Schulden sei. Nach der herrschenden Ansicht ist die hereditas jacens selbst ihr eigenes Subject. Sie wird für eine juristische Person, etwa der Stiftung (oben S. 73) vergleichbar, erklärt. Nach einer anderen Ansicht hat die hereditas jacens gar kein Subject. Die Rechte und Schulden, welche zur hereditas jacens gehören, sollen subjectlose Rechte und Schulden sein. Die eine Ansicht scheint so verzweifelt wie die andere. Der an die Spitze gestellte Rechtssatz giebt die Antwort des positiven römischen Rechts: der Erbe ist das Subject der hereditas jacens. Der Rechtssatz, dass die Wirkung des Erbschaftserwerbes zurückbezogen wird, bedeutet, dass nach geschehenem Erbschaftsantritt der Erbe von vorneherein, unmittelbar nach dem Tode des Erblassers, Subject aller Rechte und Schulden des Erblassers gewesen ist. Der Erblasser wird direct und ohne Unterbrechung von dem Erben beerbt, auch wenn dieser erst lange nachher erwirbt, nicht aber von seiner Erbschaft (wie nach der herrschenden Ansicht angenommen werden müsste). So lange die Erbschaft noch nicht erworben ist, ist nicht ungewiss, dass sie ein Subject hat. Sie hat nämlich den Erben zum Subject, schon jetzt, — und sollte Niemand die Erbschaft haben wollen, so wird loco heredis der Fiscus in die bona vacantia eintreten. Es ist nur ungewiss, wer dies Subject ist. Mit andern Worten: es liegt ein Fall der sog. Pendenz der Rechtsverhältnisse vor; die Rechtsverhältnisse sind da, sie haben ein Subject, es ist nur objectiv unmöglich, dies Subject gegenwärtig bereits zu benennen. Die hereditas jacens bildet gerade für solche Pendenz einen Musterfall. Nun scheint im Corpus Juris gerade das Gegentheil von dem zu stehen, was soeben behauptet wurde, da Ulpian erklärt: Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, und diese Stelle wird es wahrscheinlich sein, welche bisher von jeder Auskunft in dem eben angedeuteten Sinne abgeschreckt hat. Dennoch sagt sie vielmehr das Gleiche, was vorher behauptet wurde. Insoferne der Erbe Erbe ist, ist er nicht er selbst, sondern der Erblasser. So stellt der Erbe als Subject der Erbschaft nicht sich selber, sondern die persona defuncti dar. Was von dem Erben gilt, wird vor Antritt der Erbschaft von der Erbschaft (der hereditas jacens) ausgesagt,

weil in der hereditas schon jetzt der (gegenwärtig nur noch nicht benennbare) Erbe steckt: die Erbschaft hat die Eigenschaft des Erben, den Erblasser darzustellen. Die Erbschaft ist der Erbe, welcher künftig antreten wird, und gerade deshalb ist sie nicht der Erbe (nämlich in seiner Eigenschaft als eine andere Persönlichkeit), sondern der Erblasser, weil der Erbe als Erbe vielmehr der Erblasser ist. So spricht die angeführte Stelle gerade den Grundgedanken des römischen Erbrechts unmissverständlich aus: der Erbe, und darum auch schon die Erbschaft vor dem Erwerb, repräsentirt die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers. In der Erbschaft ist schon jetzt der Erbe, bevor er noch die Erbschaft angetreten hat. So heisst es denn auch geradezu bei Pomponius, dass die hereditas die persona heredis interim sustinet. Die beiden Sätze, dass die Erbschaft die persona heredis, und dass sie die persona defuncti darstellt, sind nicht mit einander in Widerspruch, sondern sind vielmehr mit einander identisch.

L. 24 D. de novat. (46, 2) (Pomponius): Morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet.

L. 34 D. de adq. rer. dom. (41, 1) (Ulpian.): Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.

L. 22 D. de usurp. (41, 3) (Javolen.): Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur.

L. 54 D. de adq. her. (29, 2) (Florentin.): Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

L. 138 pr. D. de R. I. (50, 17) (Paulus): Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

L. 22 D. de fidej. (46, 1) (Florentin.): Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.

§ 97.

Hereditas und bonorum possessio.

Der Gegensatz von Civilrecht und prätorischem Recht kehrt auf dem Gebiet des Erbrechtes wieder. Hereditas ist das Erbrecht nach jus civile, bonorum possessio das Erbrecht nach jus

honorarium. Die Entwickelung des prätorischen Erbrechts im Gegensatz zum Civilrecht hat auch an dieser Stelle dem jus gentium gedient, um das engbegrenzte Erbfolgesystem des jus civile zu erweitern, zu berichtigen, und den endlichen Sieg des jus gentium über das jus civile auch auf dem Gebiet des Erbrechts vorzubereiten.

Der Ursprung, aus welchem die prätorische bonorum possessio hervorgegangen ist, liegt im Dunkeln.

Nach einer Ansicht entwickelte sich die bonorum possessio im Anschluss an die alte vindicatio durch legis actio sacramento. Die Erhebung des beiderseitigen Eigenthumsanspruchs führte hier zu einer Aufhebung des bisherigen Besitzstandes durch den Magistrat und zu einer Neuregulirung desselben (vindicias dare) nach Ermessen des Prätors (oben S. 117). Wem die vindiciae zugesprochen wurden, der empfing damit die rei possessio, den Besitz der Sache auf die Dauer des Processes. Ward nun eine hereditatis vindicatio in Form der legis actio sacramento durchgeführt (und diese Form behielt der Erbschaftsstreit noch späterhin, da für Erbschaftsklagen das Centumviralgericht competent war, oben S. 120 a. E.), so musste also das vindicias dare dahin führen, dass dem Einen die bonorum possessio, der Besitz der Erbschaft auf die Dauer des Processes, vom Prätor zugesprochen wurde, — wohl auf Grund einer provisorischen Untersuchung über die Zuständigkeit des Erbrechtes. In der Zuertheilung der bonorum possessio lag ein provisorisches Urtheil des Prätors über das Erbrecht selbst, und die Parteien mochten daher oft genug den weiteren Erbschaftsstreit fallen lassen, sobald dem Einen bonorum possessio durch den Prätor zuerkannt worden war. So etwa wäre nach dieser Ansicht die älteste Art der bonorum possessio, nämlich die Ertheilung von Erbschaftsbesitz im Dienst des Civilrechts (juris civilis adjuvandi gratia) aufgekommen, der sich dann bei weiterer Entwickelung der prätorischen Selbständigkeit gegenüber dem Civilrecht die bonorum possessio juris civilis supplendi gratia (zur Ergänzung der Lücken des civilen Erbfolgesystems), zuletzt die bonorum possessio juris civilis corrigendi gratia (im Widerspruch mit dem Civilrecht) angeschlossen hätte.

Nach einer anderen Ansicht wäre die bonorum possessio aus der sog. usucapio pro herede hervorgegangen. Die Erb-

schaftssachen sind, so lange der Erbe von denselben noch keinen Besitz ergriffen hat, nach altem Civilrecht der Usucapion seitens eines jeden Dritten preisgegeben, welcher dieselben in Besitz nimmt. Weder bona fides, noch ein Titel war für die usucapio pro herede nothwendig. Sie vollendete sich in Bezug auf alle Erbschaftssachen, auch in Bezug auf Grundstücke, in einem Jahr, weil als Gegenstand der Usucapion die Sache nicht als solche galt, sondern als Bestandtheil der Erbschaft: in allen Fällen ward eine Erbschaftssache usucapirt (als eine dritte Art von Sachen neben unbeweglichen und beweglichen Sachen gedacht), und fand daher nicht die Usucapionsfrist von zwei Jahren (für die res soli), sondern immer die für die „ceterae res" gesetzte Frist von einem Jahr Anwendung. Die usucapio pro herede hatte natürlich eine besondere praktische Bedeutung, falls etwa die Erbschaft, (wie es nach altem Civilrecht leicht der Fall sein konnte, unten § 98) ohne Erben blieb. Dann waren es etwa die nächsten Verwandten des Verstorbenen, welche unter der Form der usucapio pro herede die Nachlasssachen erwarben und thatsächlich Erben wurden. Es war eine Art des Erbschaftserwerbes, welche noch im Styl ursprünglicher Singularsuccession des Erben in die einzelnen Nachlassstücke gedacht war. Um diese an sich ungeregelte Art des Erbschaftserwerbes zu reguliren, habe nun der Prätor — dahin geht diese zweite Ansicht — die bonorum possessio eingeführt: die usucapio pro herede solle demnach nur noch für denjenigen möglich gewesen sein, welcher vom Prätor die Einweisung in den Erbschaftsbesitz (bonorum possessio) erlangt habe. Diese zweite Ansicht ist noch mehr blosse Hypothese und noch weniger mit der ganzen Entwickelungsgeschichte des römischen Erbrechts im Einklang als die erste. Sie vermag insbesondere die sicher älteste Form der bonorum possessio: juris civilis adjuvandi gratia, nicht zu erklären.

Vielleicht ist eine dritte Ansicht die richtige.

Im altattischen Erbrecht finden wir den Rechtssatz, dass nur der eheliche Sohn des Verstorbenen (der suus heres des attischen Rechts) ipso jure die Erbschaft erwirbt und daher ohne Weiteres berechtigt ist, durch blossen Privatact von der Erbschaft seines Vaters Besitz zu ergreifen. Anders die übrigen Erben. Jeder an-

dere Erbe muss beim Archonten die gerichtliche Einweisung in den Erbschaftsbesitz nachsuchen [1]).

Es deutet Vieles darauf hin, dass das römische Erbrecht genau von den gleichen Grundsätzen ausgegangen ist. Heres heisst in der Sprache des altrömischen Civilrechts nur der suus heres [2]). Die zwölf Tafeln sagen:

> Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.

Heres, „Eigenthümer", ist nur der die Persönlichkeit des Verstorbenen auch physisch fortsetzende suus heres, der agnatische Descendent, der Vertreter der Familie des Verstorbenen im engsten Sinne des Wortes. Er war schon — wenn auch nur in der Idee — Eigenthümer dessen, was dem Verstorbenen gehörte und fährt fort, Eigenthümer zu sein (oben S. 323); die zwölf Tafeln machen ihn darum auch nicht zum „Eigenthümer" (heres). Das „Eigenthum" (hereditas) des suus heres wird vielmehr von den zwölf Tafeln lediglich anerkannt und vorausgesetzt. Den Gegensatz zu diesem „Eigenthümer" der Erbschaft bildet in den zwölf Tafeln der proximus agnatus und die Gentilen. Von diesen heisst es nur: familiam habento. Sie sollen den Nachlass haben, obgleich sie nicht Eigenthümer (heredes) sind, noch auch durch die zwölf Tafeln zu Eigenthümern (heredes) gemacht werden. Es ist nicht zu viel behauptet, wenn wir sagen, dass der Wortlaut der zwölf Tafeln die Ertheilung der bonorum possessio, und zwar, wie wir im Hinblick auf das verwandte griechische Recht vermuthen dürfen, durch das Mittel des Magistrats (des Consuls; es gab noch keinen Prätor) zu Gunsten des proximus agnatus und der Gentilen anordnet. Dies ist der Wortsinn von: familiam habento. Wir müssen uns in eine Zeit versetzen, wo „habere" und „possessio" noch nicht im Sinne des blos thatsächlichen, sondern auch des rechtlichen Habens genommen wird [3]).

---

1) Vgl. die äusserst lehrreiche Schrift von F. Schulin, Das griechische Testament verglichen mit dem römischen (Rectoratsprogramm) Basel 1882, S. 13. 21.

2) E. Hölder, Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes (1881) S. 21. 120.

3) Vgl. die treffenden Bemerkungen bei Erman, Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte (1883) S. 18 ff.

Durch die Besitzeinweisung seitens der Obrigkeit empfängt der Agnat, bezw. der Gentil, zugleich den thatsächlichen Besitz und die rechtliche Herrschaft über die familia, wenngleich sein habere in der älteren Zeit dem „Eigenthum" (hereditas) des suus heres sicher nicht gleichgeachtet ward. Erst später gilt jeder kraft Civilrechts begründete Erbanspruch als hereditas.

Eine zweite Thatsache führt uns noch näher zu dem in's Auge gefassten Ziel: die eigenthümliche Form der Erbschaftsantretung durch cretio, von welcher schon oben (S. 324) die Rede gewesen ist. Sie scheint in den Testamenten alten Styls sich stehend mit der Erbeseinsetzung eines extraneus (welcher nicht suus heres war) verbunden zu haben. Die Cretionsfrist, welche dem eingesetzten Erben gesetzt wurde, ist regelmässig die von centum dies utiles (quibus scieris poterisque)[4]. Es ist genau die gleiche Frist, welche für die Erbittung der prätorischen bonorum possessio gesetzt war (nur Descendenten und Ascendenten hatten die längere Frist von einem annus utilis[5]). Es ist ferner zu beachten, dass diese Frist von centum dies utiles auch durch „Nichtkönnen" in ihrem Ablauf gehindert wird, — ein Umstand, welcher durchaus unerklärlich ist, wenn zu dem cernere nur das Aussprechen der verba cretionis nothwendig ist (wie nach klassischem Civilrecht), welcher jedoch sofort verständlich wird, wenn wir uns das cernere als eine im Gericht vor der Obrigkeit abzugebende Erklärung denken. Das tempus utile kommt durchaus nur als Gerichtsfrist vor, und ist auch nur für die Vornahme gerichtlicher Handlungen verständlich. Die Thatsache, dass der cretio für die Regel ein tempus utile gesetzt ist, beweist mit grosser Sicherheit, dass hier eine ursprünglich gerichtliche Handlung vor uns liegt. In dem Ausdruck „cerno" haben wir, wie es scheint, das solenne Wort, mit welchem in alter Zeit die Zutheilung der bonorum possessio (das „familiam habeto") von der Obrigkeit erbeten wurde. Sprachlich hängt cernere mit dem griechischen κρίνειν zusammen, be-

4) Oben S. 325.

5) Mit der altherkömmlichen Gerichtsfrist von hundert Tagen für den Erbschaftserwerb scheinen auch die centum dies zusammenzuhängen, welche der caelebs hat, um sich zu verheirathen und dadurch zum Erwerb der Erbschaft fähig zu machen, Ulp. fragm. tit. 17 § 1, oben S. 291 a. E.

deutet also etwa „ich urtheile“ (nämlich, dass diese Erbschaft mir gebührt), oder besser: ich „erurtheile“ mir die Erbschaft, ich spreche sie mir durch mein Urtheil zu. Es ist dieselbe Art kategorischer Behauptung, welche auch in dem sonst gebräuchlichen „ajo“ (z. B. hanc rem meam esse ex jure Quiritium) zum Ausdruck kommt. Die Partei trat vor den Magistrat, um ihre Antrittserklärung und zugleich ihr „Urtheil“ abzugeben[6]), dass die Erbschaft nunmehr ihr gebühre, dass ihr also der Besitz der Erbschaft zu gewähren sei[7]). Aus derselben Natur der cretio als einer ursprünglich gerichtlichen Handlung würde sich erklären, wesshalb dem sub cretione eingesetzten Erben eine intra tempus cretionis ausgesprochene repudiatio unschädlich war. Es verstand sich von selbst, dass, wenn die Erbschaft nur gerichtlich angetreten werden konnte, wie die aussergerichtliche Antretung, so auch die aussergerichtliche Ausschlagung rechtlich ohne Wirkung war[8]).

Die Entwickelung war diese, dass neben der gerichtlichen Antretung (cretio) die aussergerichtliche (pro herede gestio) aufkam, dass die letztere nach späterem Recht genügte, um von Civilrechtswegen Erbe zu werden, dass dann auch die cretio ihre gerichtliche Form einbüsste (ebenso wie später die Erbittung der bonorum possessio edictalis), und bloss durch die verba cretionis

6) Damit scheint die Auffassung von Aug. Schultze, Privatrecht und Process (1883) S. 455 ff., dass die legis actio der Partei (mit welcher die cretio also vergleichbar sein würde) ein „Urtheil“ der Partei bedeute (oben S. 110 Note 2), eine äussere Bestätigung zu gewinnen. Aber auch ohnedies würde zweifellos sein, dass wie die cretio so auch die Rechtsbehauptung der Partei im Legisactionenprocess ein Urtheil, nämlich Urtheil im untechnischen (rein logischen) Sinne darstellt. Die ganz andere Frage aber, ob cretio und legis actio ein Urtheil im technischen Sinne des Civilprocesses seien, wird durch den Wortsinn des Ausdrucks cretio nicht berührt, und halte ich trotz der scharfsinnigen Ausführung Schultze's dafür, dass für die Bejahung dieser letzteren Frage keine ausreichenden Gründe vorliegen.

7) Daher heisst es: adeo cernoque. Das „adeo“ steht voran, weil auf Grund desselben dann das cerno folgt, und das „cerno“ ist keine nutzlose Wiederholung des „adeo“, sondern die Consequenz desselben.

8) Da es keine gerichtliche Ausschlagung der Erbschaft gab, so konnte der sub cretione eingesetzte heres also nur durch Versäumung der Cretionsfrist die Erbschaft verlieren, Gaj. Inst. II § 168 (oben S. 326). Genau das Gleiche gilt von der Agnition der bonorum possessio (vgl. unten S. 335), mit welcher die cretio also auch in dieser Hinsicht zusammentrifft.

vollzogen werden konnte. In dieser abgeschwächten Form sehen wir das Institut im klassischen Recht vor uns. Es ist dann später mit Recht beseitigt worden. Inzwischen aber hatte die vom Prätor ertheilte bonorum possessio andere Wirkungen und andere Aufgaben gewonnen, welche sie die von Civilrechtswegen eingetretene freie Form des Erbschaftsantritts überdauern liessen.

Ursprünglich war — so dürfen wir nach dem Vorigen vermuthen — jeder extraneus heres (welcher nicht suus heres ist) genöthigt, zum Zweck des Erbschaftserwerbes die familia vom Magistrat zu erbitten. Die Erbittung der „bonorum possessio“ war gerade für die Erben des Civilrechts (mit Ausschluss der sui) bestimmt. Sie war das einzige Mittel, durch welche diese kraft Civilrechts auf die „familia“ berechtigten Nicht-„Eigenthümer“ dennoch zur Erbschaft gelangten. Allein die Descendentenfamilie hatte ein directes Erbrecht kraft ihres „Eigenthums“. Die Mitglieder der weiteren Familie wurden nur durch das Mittel der Gemeinde und ihrer Obrigkeit zur Erbschaft zugelassen, — weil einst (so mögen wir annehmen, und manche Gründe sind es, welche diese Annahme stützen) die weitere Familie durch die Gemeinde ausgeschlossen ward.

Die älteste Form der vom Magistrat gewährten bonorum possessio ist daher die bonorum possessio juris civilis adjuvandi gratia: der gemäss den Bestimmungen der zwölf Tafeln von dem Consul, dann später vom Prätor dem nächsten Agnaten, eventuell den Gentilen gewährte „Besitz der familia“. Ebenso gab der Prätor juris civilis adjuvandi gratia dem in einem rechtsgültigen Testament eingesetzten Erben die bonorum possessio (auf Grund der cretio). Der von Civilrechtswegen leicht eintretende Fall, dass die Erbschaft ohne Erben blieb, hat dann den Prätor veranlasst, auch zur Ausfüllung dieser Schäden des Civilrechts, juris civilis supplendi gratia, die bonorum possessio (also lediglich kraft vom Prätor zuerkannten Erbrechts) zu ertheilen. Wahrscheinlich zuletzt folgte dann die bonorum possessio juris civilis corrigendi gratia, d. h. die Reform des civilen Erbrechts durch den Prätor. Es versteht sich von selbst, dass diese beiden letzten Arten der bonorum possessio dem Institut seine Lebenskraft erhalten haben, nachdem der civile Erbe nicht mehr von Rechtswegen zur Erbittung der bonorum possessio genöthigt war. Die

bonorum possessio erhielt sich trotzdem, weil sie bereits zu einem dem Civilrecht gegenüber selbständigen Erbfolgesystem sich entwickelt hatte.

So gab es also jetzt, wie schon Eingangs bemerkt, zweierlei Erbrecht, eines nach Civilrecht (hereditas), ein anderes nach prätorischem Recht (bonorum possessio).

Das prätorische Erbrecht kann immer nur durch gerichtliche Handlung (Erbittung, sog. „Agnition", beim Prätor) erworben werden. Es giebt hier keine pro herede gestio, noch eine Ausschlagung. Der Verlust der kraft prätorischen Edicts deferirten bonorum possessio ist immer nur in Folge Versäumung der Agnitionsfrist möglich. Ascendenten und Descendenten haben eine Agnitionsfrist von einem annus utilis; alle Uebrigen eine Agnitionsfrist von centum dies utiles (quibus scierit poteritque). Da der Prätor für die normalen Fälle die Grundsätze, nach welchen er bonorum possessio ertheilt, in seinem Edict publicirt hat (sog. bonorum possessio edictalis), so gestattet er später, dass in solchen Fällen er nicht blos in feierlicher Gerichtssitzung (pro tribunali), sondern überall (de plano) um Ertheilung der bonorum possessio gebeten werden kann: thatsächlich wird dadurch also für die bonorum possessio edictalis die Aussergerichtlichkeit eingeführt, und nur die Nothwendigkeit, an den Prätor sich zu wenden, blieb zurück. Die Form der Gerichtssitzung blieb jedoch gewahrt, wenn der Prätor in ausseredictsmässigen Fällen durch besonderes decretum (bonorum possessio decretalis) Jemandem bonorum possessio gab.

Die Wirkung ertheilter bonorum possessio war das interdictum quorum bonorum, ein interdictum adipiscendae possessionis, durch welches der bonorum possessor sich den Besitz der Nachlasssachen verschaffte. Später ward ihm eine hereditatis petitio possessoria gegeben, mit gleicher Wirkung wie die hereditatis petitio des Civilerben (unten § 101). Aus den einzelnen Rechten, welche zur Erbschaft gehören, klagt der bonorum possessor mit actio ficticia (ficto se herede), und wird ebenso gegen ihn den Erbschaftsgläubigern actio ficticia gegeben.

Die Unterscheidung der Arten der bonorum possessio, je nachdem sie juris civilis adjuvandi oder corrigendi oder supplendi gratia gegeben wurde, war von erheblicher praktischer Be-

deutung. Die bonorum possessio juris civilis supplendi gratia ist nur eine provisorische Zuerkennung des Erbrechts, für den Fall nämlich, dass kein Civilerbe da ist, oder der Civilerbe sein Erbrecht nicht geltend macht. Tritt der Civilerbe nachträglich auf mit seiner Erbschaftsklage, so muss ihm der bonorum possessor, welcher nur in Ermangelung von Civilerben (juris civilis supplendi gratia) vom Prätor eingesetzt ist, weichen: seine bonorum possessio wird eine b. p. sine re. Dagegen ist die b. p. juris civilis adjuvandi gratia, und ebenso die juris civilis corrigendi causa gegebene bonorum possessio immer cum re, die erstere, weil sie mit dem Civilrecht übereinstimmt, die andere, weil sie vom Prätor in Widerspruch mit dem Civilrecht aufrecht erhalten wird. So ist also die suppletorische bonorum possessio nur provisorische, die adjutorische und correctorische bonorum possessio aber definitive Zuertheilung des prätorischen Erbrechts. Unter welchen Gesichtspunkt die einzelnen Fälle der bonorum possessio gehören, wird unten im Einzelnen angegeben werden.

Die Delationsgründe der bonorum possessio sind die gleichen wie die der hereditas. Es giebt eine b. p. ab intestato (kraft der Bestimmung im prätorischen Edict als solcher), eine b. p. secundum tabulas (kraft Testaments), und eine b. p. contra tabulas (in Widerspruch mit dem Testament). Auf dem gesammten Gebiet der Erbfolge ist der Prätor mit seinem Edict als Concurrent des Civilrechts aufgetreten, um gemäss dem sich ändernden Rechtsbewusstsein das altüberlieferte Civilrecht in seiner praktischen Anwendung mit den Anforderungen der Gegenwart von damals zu conformiren.

§ 7 I. de hered. qual. (2, 19): Pro herede enim gerere est pro domino gerere: veteres enim heredes pro dominis appellabant.

pr. I. de bon. poss. (3, 9): Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo praetor emendavit, — sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint.

§ 1 eod.: Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et adgnatos ad bonorum possessionem

vocat; sed et, remota quoque bonorum possessione, ad eos hereditas pertinet jure civili.

§ 2 eod.: Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam praetor heredem facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales. Sed, cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, et vocantur bonorum possessores.

L. 2 D. de bon. poss. (37, 1) (ULPIAN): In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur.

Gaj. Inst. IV, § 34: Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit; cum enim praetorio iure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere SVVM ESSE, neque id, quod ei debebatur, potest intendere DARI SIBI OPORTERE: itaque ficto se herede intendit, velut hoc modo: IVDEX ESTO. SI AVLVS AGERIVS (id est ipse actor) LVCIO TITIO HERES ESSET, TVM SI EVM FVNDVM, DE QVO AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM EIVS ESSE OPORTERET; et si (quid debebatur) praeposita simili fictione heredis ita subicitur: TVM SI PARERET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE.

§ 98.

Die Intestaterbfolge.

I. Das altcivile Recht, wie es in den zwölf Tafeln formulirt wurde, beruft ab intestato zur Erbschaft:

1. Die sui heredes (oben S. 323).

2. Den proximus agnatus, d. h. in Ermangelung von sui heredes wird der nächste agnatische Seitenverwandte zur Erbfolge berufen [1]).

3. Die gentiles, d. h. in Ermangelung agnatischer Seitenverwandtschaft kommen die Gentilen (die Geschlechtsvettern, oben S. 269 a. E.) zum Zuge.

In der zweiten Klasse wird, in strengem Anschluss an den

1) Ueber das Wesen der Agnation oben S. 267. — Nach der Auslegung, welche man der Lex Voconia (169 v. Chr.) gab, wurden später von den weiblichen Agnaten nur die consanguineae, die agnatischen Schwestern, in der zweiten Klasse zur Intestaterbfolge berufen.

Wortlaut des Zwölftafelgesetzes, nur der proximus agnatus berufen (mehrere gleich nahe Agnaten neben einander). Schlägt dieser aus oder stirbt er nach Delation der Erbschaft, bevor er angetreten hat, so gelangt die Erbschaft nicht an die ferneren Agnaten. Es giebt nach Civilrecht keine successio graduum. keine Reihenfolge der Delationen innerhalb derselben Klasse. Der gleiche Satz gilt von dem Verhältniss der verschiedenen Klassen zu einander. Der Wortlaut der zwölf Tafeln ruft den Agnaten nur, wenn keine sui, die Gentilen nur, wenn keine Agnaten da sind. Haben die sui von dem beneficium abstinendi Gebrauch gemacht (oben S. 323), so kommen weder Agnaten noch Gentilen: hat der nächste Agnat ausgeschlagen (oder ist vor Antritt verstorben), so kommen weder die ferneren Agnaten, noch auch die Gentilen zur Erbschaft. Es giebt, wie keine successio graduum. so auch keine successio ordinum, keine Reihenfolge der Delationen an die verschiedenen Klassen nach einander. Die Erbschaft wird in einem solchen Fall von Rechts wegen vielmehr erblos. Es giebt nach Civilrecht nur eine einzige Delation der Intestaterbschaft. Bleibt diese erfolglos, so empfängt die Erbschaft vielleicht einen Erben durch usucapio pro herede (oben S. 303): sonst weist der Prätor die Gläubiger in die herrenlose Erbschaft. um die Güter zum Zweck ihrer Befriedigung an einen bonorum emtor (oben S. 151) zu verkaufen.

Der emancipatus kann sui haben; Agnaten kann er nicht haben. An Stelle der Agnaten steht bei ihm, wie bei dem freigelassenen Sklaven, sein manumissor (oben S. 302) und dessen agnatische Descendenz (die sui des manumissor).

XII tabb. V, 4. 5: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit. gentiles familiam habento.

Gaj. Inst. III, § 11: Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his, qui tum, cum certum est, aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt. § 12. Nec in eo jure successio est: ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil juris ex lege conpetit.

II. Das prätorische Edict theilt die Verwandtschaft für die Intestaterbfolge in vier Klassen, welche nach einander berufen werden. Es giebt:

1) die bonorum possessio unde liberi. Zu den liberi des prätorischen Edicts gehören die sui heredes des Civilrechts und die emancipati, aber nur diejenigen emancipati, welche leibliche Descendenten des Verstorbenen sind. Insoweit hat der Prätor das Agnationsprincip des Civilrechts für die erste Klasse der Intestaterben aufgegeben, und ist zum Cognationsprincip übergegangen. Aber nicht vollständig. Nur die emancipirten leiblichen Descendenten werden vom Prätor neben den sui in der Klasse unde liberi berufen, nicht die in Adoption gegebenen (so lange das Adoptionsverhältniss nicht durch emancipatio aufgehoben ist; im letzteren Fall tritt das Kind in die Klasse der liberi seines leiblichen Vaters ein, als wenn es von diesem emancipirt wäre). Die bonorum possessio unde liberi ist, soweit sie den sui zu Gute kommt, eine b. p. juris civilis adjuvandi, soweit sie den emancipati zu Theil wird, eine b. p. juris civilis corrigendi gratia. Die Folge der Correctur, welche der Prätor zu Gunsten der emancipati hat eintreten lassen, ist aber, dass der emancipatus unter Umständen neben seinen eignen Kindern zur Erbschaft seines Vaters berufen wird, — dann nämlich, wenn seine (vor der Emancipation erzeugten) Kinder in der Gewalt ihres Grossvaters zurückgeblieben waren. Die Kinder des emancipatus zählten dann zu den sui ihres Grossvaters, der emancipatus neben ihnen zu den liberi des prätorischen Rechts. Daher die Bestimmung des prätorischen Edicts (des sog. edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus)[2], dass die Erbportion, welche dem emancipatus zugefallen sein würde, falls er nicht emancipirt worden wäre, in solchem Fall zur Hälfte auf ihn, zur andern Hälfte auf seine Kinder fallen solle. So wird die Ungleichheit ausgeglichen, welche sonst den Geschwistern gegenüber entstanden wäre, wenn der emancipatus und seine Kinder je zu einer vollen Erbportion berufen worden wären. Die andere Ungleichheit, dass die sui (wegen ihrer Erwerbsunfähigkeit, oben S. 297) lediglich auf ihren Erbtheil beschränkt waren, der emancipatus aber ausser dem Erbtheil auch das inzwischen von ihm erworbene Vermögen

2) Dies Edict ward durch Salvius Julianus bei der definitiven Redaction des Edicts unter Hadrian (oben S. 39) hinzugefügt. Daher heisst es auch: nova clausula Juliani de conjungendis etc.

hatte, beseitigte der Prätor dadurch, dass er den emancipatus zur collatio bonorum nöthigte, d. h. ihn verpflichtete, sein inzwischen erworbenes Vermögen, soweit es ohne die Emancipation dem Vater zugefallen wäre (also mit Ausschluss des castrensischen und quasicastrensischen Erwerbes), in die Erbschaft einzuwerfen.

2) Die bonorum possessio unde legitimi. Sind keine liberi da, oder haben diese ihre Agnitionsfrist von einem annus utilis versäumt, so gelangen die legitimi, d. h. die Intestaterben des Civilrechts zur bonorum possessio. Also zunächst wiederum die sui (aber ohne die emancipati), welche also als solche noch einen zweiten annus utilis für Erbittung der b. p. haben. In Ermangelung von sui der proximus agnatus. In Ermangelung auch von Agnaten in der älteren Zeit die Gentilen, so lange der Gentilenverband noch als wirklicher Geschlechts- und Verwandtschaftsverband empfunden wurde. Es braucht nicht gesagt zu werden, dass diese b. p. unde legitimi eine b. p. juris civilis adjuvandi gratia ist.

3) Die bonorum possessio unde cognati. Hat auch die zweite Klasse die Agnition der b. p. versäumt, oder ist Niemand da, welcher zur zweiten Klasse gehörte, so werden in dritter Reihe vom Prätor die Cognaten bis zum sechsten Grade einschliesslich, und vom siebenten Grade der sobrino sobrinave natus berufen. Sobrini sind sich gegenseitig die Kinder von consobrini (von Geschwisterkindern). Der sobrinus des Erblassers ist mit ihm im sechsten Grad verwandt. Das Kind des sobrinus (sobrino natus), im siebenten Grade stehend, soll den Erblasser nach prätorischem Recht beerben, obgleich umgekehrt der sobrino natus von dem Erblasser nicht würde beerbt worden sein. Unter den Cognaten entscheidet die Gradesnähe. Hier kommen also an erster Stelle wiederum die Descendenten des Erblassers, diese also zum dritten Mal, aber alle leiblichen Kinder, mögen sie emancipirt oder in Adoption gegeben, und mögen sie noch der Adoptivfamilie angehörig sein oder nicht. Hier giebt es keinen emancipatus und keinen suus, keinen capite minutus und kein Hauskind; es entscheidet lediglich das natürliche Verhältniss. Weder erbt die uxor in manu (welche sowohl zu den liberi der ersten Klasse wie zu den sui des Civilrechts gehört) hier neben ihren Kindern, noch erben neben dem emancipatus seine in der

Gewalt zurückgebliebenen Kinder (die Enkel des Erblassers). Vielmehr werden an erster Stelle, wie alle Descendenten, so nur die Descendenten, und zwar so berufen, dass schlechtweg die Descendenten von Descendenten durch ihren noch lebenden parens ausgeschlossen werden[3]). In dieser Klasse hat dann endlich auch (aber erst nach den Kindern) die Mutter neben dem Vater als solche ein Erbrecht, ohne Rücksicht darauf, ob sie in der manus ihres Mannes war oder nicht; ebenso die Kinder als solche gegen ihre Mutter. Dann folgt die cognatische Seitenverwandtschaft bis zum sechsten, bezw. siebenten Grad, ohne Rücksicht auf das Geschlecht[4]) und ohne Rücksicht auf capitis deminutio.

4) Die bonorum possessio unde vir et uxor. An letzter Stelle endlich, wenn überall keine erbberechtigten Verwandten da sind, oder dieselben von der b. p. keinen Gebrauch machen, wird die b. p. dem überlebenden Ehegatten als solchem gegeben (also ohne Rücksicht auf die manus).

Sowohl die b. p. unde cognati, wie die b. p. unde vir et uxor wird nur juris civilis supplendi gratia gegeben, ist also, sobald civile Erben da sind, welche nur versäumt haben, die b. p. zu erbitten, von lediglich provisorischer Natur.

Nach prätorischem Recht gilt, wie schon bemerkt ist, die successio ordinum. Macht von der nächst berufenen Klasse binnen der gesetzten Zeit Niemand von der b. p. Gebrauch, so kann die b. p. von der nächstfolgenden Klasse erbeten werden. Ebenso gilt innerhalb der dritten Klasse successio graduum: versäumen die nächstberufenen Cognaten die b. p., so kann sie von den ferneren Cognaten erbeten werden. Diese successio ordinum et graduum (sog. edictum successorium) bedeutet, dass die Erbschaft nach prätorischem Recht grundsätzlich nicht ohne Erben bleiben soll.

III. Das justinianische Recht. Bereits das prätorische Edict hatte der Cognation neben der Agnation eine Bedeutung für das Intestaterbrecht gegeben. Durch die kaiserliche Gesetzgebung ist, langsam voranschreitend, das Cognationsprincip immer

3) Hier findet also die clausula Juliani de conjungendis cum emancipato liberis ejus keine Anwendung; die in der Gewalt zurückgebliebenen Kinder sind durch ihren Vater, den emancipatus, vielmehr ausgeschlossen.

4) Vgl. oben Note 1.

massgebender entfaltet worden. Das Senatusconsultum Tertullianum (unter Hadrian) gab der Mutter als solcher, falls sie (als ingenua) das jus trium liberorum, oder (als libertina) das jus quatuor liberorum hatte[5]), ein civiles Intestaterbrecht (legitima hereditas) neben der agnatischen Schwester (nicht aber neben dem agnatischen Bruder) des Verstorbenen, hinter den liberi und dem Vater (bezw. dem parens manumissor), aber vor den ferneren Agnaten. Umgekehrt gab das SC. Orphitianum (unter Marc Aurel 178 n. Chr.) den Kindern als solchen das nächste Intestaterbrecht gegen ihre Mutter. Später ward, durch Valentinian II und Theodosius, ihnen auch ein (den ferneren Agnaten vorgehendes) Intestaterbrecht gegen ihre mütterlichen Ascendenten gegeben. Das Verwandtschaftsverhältniss zwischen der Mutter und ihren Kindern (als solchen), welches für das alte Civilrecht gar nicht existirte (oben S. 267), war durch diese beiden Senatusconsulte für das Intestaterbrecht civilrechtlich anerkannt worden: die Erbfolge unter Ascendenten und Descendenten hatte eine Reform im Sinne des Cognationsprincips erfahren. Eine gleiche Reform bahnte für das Geschwistererbrecht Kaiser Anastasius an, welcher (498 n. Chr.) den emancipirten (also blos cognatischen) Geschwistern ein Erbrecht neben den agnatischen Geschwistern, jedoch nur auf die Hälfte des einem agnatischen Geschwistertheil zufallenden Erbtheils, gab. Justinian setzte cognatische Geschwister nebst ihren Kindern den agnatischen gleich, und gewährte vollbürtigen Geschwistern als solchen den Vorzug vor halbbürtigen agnatischen Geschwistern (das Letztere durch Nov. 84).

Die endgültige Reform des Intestaterbrechts ward noch nicht durch das Corpus Juris, — welches vielmehr das durch Kaisergesetzgebung modificirte agnatische Intestaterbrecht des Civilrechts einerseits, das System der prätorischen bonorum possessio ab intestato andererseits ganz in alter Weise neben einander aufweist, — sondern erst durch die Novelle 118 (an welche sich die Nov. 127 ergänzend anschliesst) vollzogen.

Die Novelle 118 kennt nur noch ein einziges System der Verwandtenerbfolge: das durch sie selber gesetzte Erbfolgesystem.

5) Vgl. oben S. 291.

Der Gegensatz von jus civile und jus honorarium ist aufgehoben. Der Sieg aber ist dem zuerst von dem jus honorarium vertretenen Cognationsprincip zugefallen. Nach der Novelle 118 entscheidet für die Verwandtenerbfolge lediglich die Nähe der natürlichen Blutsverwandtschaft, d. h. die Nähe der Cognation. Die Verwandten werden durch die Novelle 118 für die Intestaterbfolge in vier Klassen eingetheilt:

1) Die erste Klasse bilden die Descendenten des Erblassers als solche, mag es sich um die Erbschaft des Vaters oder der Mutter handeln: es gilt lediglich cognatische Descendentenfolge[6]). Dem leiblichen Kinde steht das Adoptivkind gleich (oben S. 294), so dass also das Adoptivkind sowohl Erbrecht gegenüber seinem leiblichen Vater (als wirklicher, cognatischer Descendent) wie seinem Adoptivvater gegenüber hat[7]). Es gilt unter Descendenten ersten Grades gleiche Erbtheilung (sog. successio in capita). Descendenten von Descendenten werden durch ihren noch lebenden parens ausgeschlossen, treten aber, falls ihr parens bereits vorverstorben ist, in die Stelle desselben ein (sog. Repräsentationsrecht) und erben zusammen den Theil, welcher ihrem parens zugekommen sein würde (sog. successio in stirpes).

2) Die zweite Klasse bilden die Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister und die Kinder von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern, lediglich nach Massgabe der Cognation ohne Rücksicht auf Agnation. Von den Ascendenten erben immer nur die nächsten: es gilt kein Eintrittsrecht der überlebenden Ascendenten eines vorverstorbenen parens: die beiderseitigen Grosseltern kommen also nur dann zur Erbschaft, wenn beide Elterntheile bereits vorverstorben sind. In solchem Fall wird unter die Grosseltern[8]), falls weder Geschwister noch Geschwisterkinder mit ihnen erben, in lineas getheilt: die eine Hälfte der Erbschaft fällt auf die Ascendenten

6) Wie dieselbe oben S. 341 bereits für die prätorische Klasse unde cognati entwickelt ist. Vgl. S. 268.

7) In dieser Berücksichtigung des Adoptivkindes in der Adoptivfamilie liegt der letzte Rest des alten Agnationsprincips.

8) Beziehungsweise, wenn auch alle Grosseltern vorverstorben sind, aber noch höhere Ascendenten überleben, unter diese.

väterlicher, die andere Hälfte auf die Ascendenten mütterlicher Seite, so dass also z. B. der Grossvater väterlicher Seits, welcher allein überlebt, die eine ganze Hälfte der Erbschaft, die beiden Grosseltern mütterlicher Seits (falls hier noch beide Grosselterntheile überleben) zusammen nur die andere Hälfte der Erbschaft empfangen.

Ueberleben aber neben den Ascendenten auch vollbürtige Geschwister und Kinder von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern den Erblasser, so werden diese Geschwister bezw. deren Kinder[9]) neben den Ascendenten berufen. Ascendenten und Geschwister erben dann in capita (hier also wird unter den Ascendenten die väterliche und die mütterliche Linie nicht unterschieden): auf Jeden fällt ein gleicher Erbtheil. Kinder von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern treten in die Stelle ihres vorverstorbenen parens ein (Repräsentationsrecht), und empfangen zusammen den Theil, welcher diesem zugekommen wäre (successio in stirpes).

3) Die dritte Klasse bilden halbbürtige Geschwister und Kinder von vorverstorbenen halbbürtigen Geschwistern, ohne Unterscheidung von consanguinei und uterini (oben S. 269), also auf Grund cognatischer halbbürtiger Geschwisterschaft. Es gilt unter den halbbürtigen Geschwistern gleiche Erbtheilung (successio in capita). Die Kinder vorverstorbener halbbürtiger Geschwister treten in die Stelle ihres parens ein (Repräsentationsrecht), und erben zusammen den Theil, welcher ihrem parens zugekommen wäre (successio in stirpes).

4) Die vierte Klasse bilden alle übrigen Seitenverwandten, welche nach der Nähe des Grades berufen werden. Die prätorische Beschränkung der Erbfähigkeit auf den sechsten bezw. siebenten Grad der Seitenverwandtschaft (oben S. 340) ist jedoch aufgehoben worden. Soweit die Seitenverwandtschaft überhaupt nachweisbar ist, kann sie, falls nur keine näheren Verwandten auftreten, geltend gemacht werden. Dabei gilt jedoch weder Repräsentationsrecht, — der nähere Grad schliesst vielmehr schlecht-

9) Die Letzteren nach Nov. 118 nur neben Geschwistern, nicht auch neben Ascendenten, nach Nov. 127 auch neben Ascendenten.

weg den ferneren aus, — nach successio in stirpes: unter mehrere gleich nahe Seitenverwandte wird immer zu gleichen Theilen (in capita) getheilt.

Es gilt im Verhältniss der einzelnen Klassen successio ordinum: wird von der erstberufenen Klasse Niemand Erbe, sei es in Folge Todes (vor dem Erbschaftsantritt), oder Ausschlagung, so wird der nächstberufenen Klasse deferirt. Es gilt ferner in den einzelnen Klassen successio graduum: wird von dem nächstberufenen Grade Niemand Erbe, so wird dem nächstfolgenden Grade deferirt.

Durch die Nov. 118 (und Nov. 127) ist nur die Verwandtenerbfolge reformirt worden. Für die Erbfolge der Ehegatten blieb es bei der prätorischen bonorum possessio unde vir et uxor, sodass also auch nach justinianischem Recht der Ehegatte erst dann zur Erbschaft berufen wird, wenn Niemand von der Verwandtschaft Erbe wird. Auch durch den entferntesten Seitenverwandten wird der Ehegatte ausgeschlossen. Nur die dürftige (und undotirte) Wittwe hat nach justinianischem Recht neben den Verwandten ihres Mannes einen Anspruch auf den vierten Theil von dem Nachlass des (wohlhabenden) Ehemanns, neben mehr als drei Kindern aber nur auf eine Virilportion (also mit den Kindern zu gleichem Theil), und zwar so, dass sie, soweit sie ihre eignen Kinder beschränkt, nur Niessbrauch, nicht Eigenthum an ihrer Portion erwirbt, — ein Recht, welches der dürftigen Wittwe auch durch Testament ihres Mannes nicht entzogen werden kann.

Die bonorum possessio unde vir et uxor ist zugleich der letzte Rest des einstigen prätorischen Intestaterbrechts, welches in das justinianische Recht hineinragt; im Uebrigen ist der Dualismus von hereditas und bonorum possessio für die Intestaterbfolge nicht mehr da. Er ist durch eine Entwickelung, welche das vom Prätor vertretene natürliche Erbfolgesystem des jus gentium zum Siege führte, innerlich überwunden worden.

Starb ein Hauskind, welches noch in der väterlichen Gewalt war, so wurde nach dem Recht vor der Novelle 118 das ganze Vermögen des Hauskindes (auch sein peculium castrense und quasi castrense) von seinem Vater jure peculii eingezogen, als ob es immer Eigenthum des Vaters gewesen wäre (oben

S. 298). Nach der Novelle 118 wird das Hauskind aber ebenso beerbt wie ein paterfamilias, also zunächst von seinen eignen Kindern. Nur dass das Erbtheil dieser Kinder des Hauskindes unter den Gesichtspunkt der bona adventicia fällt, so dass also dem Grossvater, als dem Inhaber der patria potestas auch über die Enkel, daran Niessbrauchs- und Verwaltungsrecht zufällt (oben S. 298). Auch in dieser Hinsicht stellt die Novelle 118 den Abschluss einer Jahrhunderte langen Entwickelung dar. Gleichzeitig ward das Cognationsprincip für das Intestaterbrecht, und mit der Beerbungsfähigkeit die volle Vermögensfähigkeit des Hauskindes durchgesetzt: dort wie hier war es die patria potestas, deren civilrechtliche Wirkungen vor den Anschauungen einer anderen Zeit verschwanden.

Nov. 118 pr.: Quia igitur omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus, hoc est ascendentium et descendentium et ex latere, quae in agnatos, cognatosque dividitur, primam esse disponimus descendentium successionem.

c. 1: Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cujuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. —

c. 2: Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente conjunctis defuncto —. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive paterni, sive materni sint. —

c. 3 pr.: Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris, aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis, et quanticunque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset. —

c. 3 § 1: Si vero neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem

vocamus, secundum uniuscujusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur.

c. 4: Nullam vero volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi, sive per feminae personam defuncto jungebantur; sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus.

L. un. C. unde vir et uxor (6, 18) (THEODOS.): Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quotiens deficit omnis parentum, liberorum seu propinquorum legitima, vel naturalis successio, fisco excluso.

§ 99.

Die testamentarische Erbfolge.

Das Testament ist in seiner schliesslich vom römischen Recht ausgebildeten Gestalt das einseitige letztwillige Rechtsgeschäft der Erbeseinsetzung. Es ist einseitig (vgl. oben S. 92), denn es kommt allein durch den Willen des Testators zu Stande; eine etwaige Annahmeerklärung seitens des eingesetzten Erben ist weder nothwendig, noch relevant. Es ist letztwillig, denn es ist widerruflich, so lange der Testator lebt. Jedes zweite Testament ist nothwendig die Aufhebung des früheren; Niemand kann aus zwei Testamenten beerbt werden; rechtsgültig ist immer allein das letzte Testament. Aus diesem letzten Testament wird den eingesetzten Erben nothwendig die ganze Erbschaft deferirt, denn: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (oben S. 323). Nur der Soldat hat nach römischem Recht das Vorrecht, über einen Theil seiner Erbschaft testiren zu können [1]). Der wesentliche Inhalt des Testaments ist die Erbeseinsetzung. Fehlt die Erbeseinsetzung, oder wird die Erbeseinsetzung durch Tod oder Ausschlagung der Erben oder sonst entkräftet, so ist das ganze Testament ungültig. Ohne gültige Erbeseinsetzung kein gültiges Testament. Aber das Testament kann ausser der Erbeseinsetzung noch andere letzt-

---

1) Daher heisst es vollständig: Nemo ex paganis pro parte testatus u. s. w. Paganus ist der Civilist im Gegensatz zum miles.

willige Verfügungen enthalten: Freilassungen (oben S. 76), Vermächtnisse, Vormundschaftsernennungen, deren Gültigkeit dann von der Gültigkeit der Erbeseinsetzung abhängig ist.

Testamenti factio activa, d. h. die Fähigkeit, ein römisches Testament zu errichten, hat nur der vollkommen handlungsfähige civis Romanus paterfamilias. Der filiusfamilias kann nur über seine bona castrensia und quasi castrensia testiren, weil er in Bezug auf diese Güter paterfamilias ist. Der impubes, der furiosus, der prodigus ist wegen Handlungsunfähigkeit vom Testiren ausgeschlossen. Der pubes minor kann testiren, weil er vollkommen handlungsfähig ist (oben S. 100). Die Beschränkung der Frau (welche sui juris war), dass sie nur unter auctoritas ihres Geschlechtsvormundes testiren könne, fiel mit der tutela mulierum hinweg.

Dagegen ist die testamenti factio passiva, d. h. die Fähigkeit, in einem Testament mit Erbeseinsetzung oder Vermächtniss bedacht zu werden, in der Vermögensfähigkeit nach jus civile (jus commercii), also für das justinianische Recht, welches den Gegensatz von jus civile und jus gentium nicht mehr kennt, schlechtweg in der gemeinen Vermögensfähigkeit, d. h. in der Persönlichkeit als solcher (oben S. 73) enthalten. Nur muss der eingesetzte Erbe im Moment des Todes des Erblassers mindestens als nasciturus existirt haben (vgl. oben S. 73 a. E.). Auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Staat, Kirche, Gemeinden) haben nach justinianischem Recht t. f. passiva; anderen juristischen Personen muss sie durch kaiserliches Privileg verliehen sein. Gewissen Personen ist durch positives Gesetz zur Strafe die Erbfähigkeit, und damit auch die t. f. passiva entzogen worden (unten S. 366).

Die Entwickelungsgeschichte, welche das römische Testament durchgemacht hat, ergiebt sich aus der folgenden Darstellung.

I. Das altcivile Recht kannte ursprünglich nur das Testament vor der Volksversammlung (calatis comitiis). Wahrscheinlich deshalb, weil die Erbeseinsetzung ursprünglich eine abgeschwächte Art der Adoption war[2]), eine Adoption nämlich,

2) Für diese Ansicht vgl. jetzt die überzeugende Ausführung von Schulin in der oben S. 331 Note 1 citirten Abhandlung, insbesondere S. 50 ff.

welche den eingesetzten Erben nicht sofort, aber nach dem Tode des Testators (sofern das Testament nicht widerrufen wurde) zum Sohn des Testators machte, falls der Eingesetzte jetzt auf den Willen des Testators einging. Wie die Adoption[3]), so fordert deshalb auch das Testament die Mitwirkung der Volksversammlung. Nur dem Soldaten war es gestattet, wenn er schon in der Schlachtreihe stand, formlos vor den Ohren seiner nächsten Kameraden gültig zu testiren (sog. testamentum in procinctu).

Später kam eine Form des Privattestamentes auf: das Mancipationstestament, testamentum per aes et libram. Der Testator mancipirt (verkauft) seinen Nachlass (familia pecuniaque) vor fünf Zeugen und dem libripens an einen Dritten, den sog. familiae emtor, um sodann mit solennen Worten (nuncupatio) ihm die Ausführung der in den tabulae testamenti enthaltenen letztwilligen Dispositionen aufzuerlegen. Der familiae emtor soll nur formell, nicht materiell „Eigenthümer“ (heres) des Nachlasses sein. Er ist materiell zur Ausführung des testatotorischen Willens, zur Ausantwortung des Nachlasses an die in den tabulae testamenti benannten Personen verpflichtet. Er ist nicht mehr und nicht weniger als ein Treuhänder, Testamentsvollstrecker des Testators. Als solcher bezeichnet er sich selbst in den solennen Mancipationsworten, durch welche er sich die familia pecuniaque des Testators zueignet: familia pecuniaque tua endo mandatela tua custodelaque mea[4]), quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta. Es liegt ein Fall der mancipatio fiduciae causa (oben S. 26. 212) vor uns, nur mit der Modification, dass der Mancipationserwerber nicht zur Rückgabe an den Veräussernden, sondern zur Herausgabe an dritte Personen verpflichtet

---

3) Und zwar ursprünglich nicht blos die Arrogation, sondern jede Adoption, da die spätere Form der datio in adoptionem durch Privatrechtsgeschäft erkennbar jüngeren Ursprungs ist. Sie hat den Rechtssatz der 12 Tafeln: Si pater filium ter venumduuit etc. zur Voraussetzung. Vgl. oben S. 293.

4) So ist mit Mommsen (in der Krüger-Studemund'schen Ausgabe des Gajus p. XX) zu lesen. Der familiae emtor erklärt, dass er die familia nur im Auftrage, als Mandatar des Testators (endo mandatela tua) und daher (materiell) nur als Pfleger fremden Gutes (endo custodela mea) durch die Mancipation zu Eigenthum erwerbe.

wird: es ist eine fiducia zu Gunsten eines Dritten (der im Testament bedachten Personen), — der älteste Fall eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten, welcher dem römischen Recht bekannt ist. Wie durch die mancipatio fiduciae causa ein Commodat, ein Depositum, so kann durch das Mittel derselben auch ein Mandat contrahirt werden. So in unserem Fall. Wir haben hier die älteste Form des römischen Mandatscontracts vor uns als eines nicht consensu, aber re (durch formale Eigenthumszuwendung) gültig contrahirten Rechtsgeschäfts. Mandat und Eigenthumszuwendung stehen nicht in Widerspruch miteinander. Der familiae emtor ist Mandatar des Erblassers, weil er (formell) Eigenthümer der familia (heres) ist. Die Pflicht des familiae emtor zur Ausführung des Mandats, welches er durch die mit der mancipatio familiae verbundene nuncupatio empfängt, steht unter dem Schutz des Zwölftafelsatzes:

Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto [5]).

Durch solche Anwendung der Mancipation auf die familia ward es zunächst allerdings nur möglich, Vermächtnisse zu errichten [6]). Der familiae emtor war es ja selber, welcher formell zum alleinigen Eigenthümer (heres) gemacht wurde. Ein Dritter kann daher nicht gleichfalls heres sein. So lauten denn auch die Nuncupationsworte des Testators lediglich: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor [7]), itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote. Das Mancipationstestament ist inhaltlich ein blosses Legatentestament. Erst später, als die Idee des „Eigenthums" auf Seiten des familiae emtor verblasst war, noch mehr, als demselben auch die Eigen-

5) Vgl. oben S. 25 ff.

6) Ueber diese ursprünglich beschränkte Rolle des Mancipationstestaments vgl. Schulin a. a. O. S. 54 ff. Dort ist auch auf die Eigenschaft des familiae emtor als eines blossen „Curators" der Erbschaft mit Bestimmtheit hingewiesen worden. Doch scheint es, wie die obige Ausführung darzuthun sucht, dass darin nicht, wie Schulin annimmt, ein Widerspruch mit der Mancipationsnatur des Geschäfts enthalten ist. Vielmehr ist die Eigenthumszuwendung (mancipatio) gerade das Mittel, um ein gültiges Mandat zu ertheilen. Gerade so bei dem deutschen Treuhänder. Durch blossen Consens kann kein gültiges Mandat ertheilt werden.

7) Testari bedeutet nur „vor Zeugen erklären", Schulin S. 58.

schaft eines Mandatars und Testamentsexecutors abhanden kam und derselbe sich in eine blos der Form wegen zugezogene Person verwandelte, ward die Erbschaft gewissermassen von dem Eigenthum des familiae emtor frei, und ward es nun als die erste Aufgabe des Testaments gedacht, der Erbschaft einen Eigenthümer (heres) und zugleich den Gläubigern der Erbschaft einen Schuldner (denselben heres) zu setzen. Dem familiae emtor hatte einst, wie die Auszahlung der Vermächtnisse, so die Bezahlung der Erbschaftsschulden obgelegen. Seitdem der familiae emtor von der einen wie von der anderen Function entsetzt war, ward es Rechtspflicht des Testators, durch Erbeinsetzung diese frei gewordene Stelle auszufüllen. Damit erst kam das römische Testament in dem Sinne auf, in welchem wir es recipirt haben. Das Mancipationstestament ursprünglichen Styls war noch von dem altüberlieferten Standpunkt blosser Singularsuccession von Todes wegen ausgegangen. Indem im Interesse der Erbschaftsgläubiger (und Legatare) eine Erbeseinsetzung im Testament nothwendig ward, entwickelte sich das Testament, dessen Wesen darin besteht, zunächst und an erster Stelle einen Nachfolger in die Persönlichkeit des Erblassers zu ernennen, dessen Wesen, mit einem Wort, an erster Stelle die Berufung zu einer Universalsuccession ist. Dadurch war jetzt für das Mancipationstestament der späteren Zeit der Satz gegeben: velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio (Gaj. II § 229), — so sehr, dass nach klassischem Recht sogar alle letztwilligen Verfügungen, welche der Erbeseinsetzung voraufgingen, ungültig waren.

Das testamentum calatis comitiis war in der klassischen Zeit verschwunden. Das Testament des klassischen Civilrechts ist das Mancipationstestament.

Gaj. Inst. II § 101: Testamentorum autem genera initio duo fuerunt. Nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant. Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.

Eod. § 102: Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in pro-

cinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

Eod. § 103: Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet. Nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius, dicis gratia, propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur. § 104: Eaque res ita agitur. Qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. In qua re his verbis familiae emptor utitur: Familia pecuniaque tua endo mandatela tua custodelaque mea, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adjiciunt, aeneaque libra esto mihi empta. Deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco. Deinde testator, tabulas testamenti tenens, ita dicit: Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote. Et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare.

II. Das prätorische Recht über Testamente schloss sich an das civile Mancipationstestament an, aber um es zu einer neuen Form fortzubilden. Die nuncupatio des Mancipationstestaments pflegte in der solennen Erklärung zu bestehen, dass der Inhalt einer von dem Testator vorgezeigten Urkunde sein letzter Wille sei. Diese Urkunde (Tabulae) pflegte, um die Identät constatiren zu können, von den anwesenden sieben Urkundspersonen, den fünf Zeugen, dem libripens und dem familiae emtor (auch die beiden zuletzt Genannten waren zu blossen Zeugen geworden) mit ihren Siegeln verschlossen zu werden. Die unverletzten Siegel der sieben Zeugen ergaben, dass wirklich unverändert die Urkunde vorlag, deren Inhalt der Testator durch die mancipatio familiae zu seinem Testament gemacht hatte.

Es war klar, dass das Wesentliche an dem ganzen Testiract

diese tabulae und die sieben, dieselben verschliessenden Zeugensiegel waren. Die Mancipationsform mit aes und libra war eine blosse, inhaltlose Solennität geworden. Der Prätor zog die Consequenz dieser Thatsache. Er gab demjenigen, welcher ihm eine solche mit sieben Siegeln versiegelte Urkunde, — also eine offenbare Testamentsurkunde, — vorlegte, die bonorum possessio secundum tabulas, und zwar auch dann, wenn die Form der Mancipationshandlung nicht beobachtet worden war.

Damit war von prätorischen Rechtswegen eine neue Testamentsform geschaffen worden. Das Mancipationstestament des Civilrechts hatte die Form eines Vertrages, eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts, welches nur durch die Mitwirkung und Annahmeerklärung des familiae emtor zu Stande kam. Der Prätor erklärte mit der mancipatio auch den familiae emtor als solchen und dessen Willenserklärung für unnöthig. Der familiae emtor war von prätorischen Rechtswegen auch formell in einen blossen Zeugen verwandelt. Es genügte und war nothwendig, dass der Testator vor sieben gebetenen Zeugen den Inhalt der Urkunde für sein Testament erklärte. Jetzt erst, durch das prätorische Recht, war die Testamentserrichtung zu einem einseitigen Rechtsgeschäft geworden.

Die b. p. secundum tabulas auf Grund eines mit sieben Zeugensiegeln (neben jedem Zeugensiegel die superscriptio, Namensschrift des Zeugen) war dann, wenn die Mancipationsform beobachtet war, eine b. p. juris civilis adjuvandi gratia. Wenn die Mancipationsform aber nicht beobachtet war, ward sie vom Prätor ursprünglich nur juris civilis supplendi gratia gegeben, also nur provisorisch, so lange kein civiler Intestaterbe sich meldete. Erst Antoninus Pius rescribirte, dass dem bonorum possessor in solchem Fall gegen die hereditatis petitio des legitimus heres eine exceptio doli zu geben sei. Damit war die b. p. secundum tabulas für den Fall, dass die Mancipationsform fehlte (was seitdem als Regel zu denken ist), in eine b. p. juris civilis corrigendi gratia verwandelt. Die civile Testamentsform war von prätorischen Rechtswegen reformirt worden. Aus dem zweiseitigen Mancipationsgeschäft ging definitiv das einseitige Testamentsgeschäft im späteren Sinn des Wortes hervor.

Cicero in Verrem II, 1, c. 48 § 117: SI DE HEREDITATE AMBIGITUR ET TABULAE TESTAMENTI OBSIGNATAE NON MINUS MULTIS SIGNIS QUAM E LEGE OPORTET AD ME PROFERENTUR, SECUNDUM TABULAS TESTAMENTI POTISSIMUM POSSESSIONEM DABO. Hoc translatitium est.

Gajus Inst. II § 119: Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur; et si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas, — ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem juris est et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit. § 120: Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur: rescripto enim imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.

III. Das justinianische Recht hat im Anschluss an die voraufgehende Kaisergesetzgebung den vom Prätor aufgestellten Testamentsbegriff festgehalten und folgende Testamentsformen entwickelt:

1) Das ordentliche Privattestament ist das vor sieben gebetenen, fähigen Zeugen errichtete Testament[8]). Es kann entweder mündlich oder schriftlich errichtet werden. Mündlich wird es errichtet durch Mittheilung seines letzten Willens seitens des Testators an die Zeugen. Schriftlich wird es errichtet durch die Erklärung des Testators, dass eine von ihm den Zeugen vorgezeigte Urkunde sein Testament sei, durch die sodann erfolgende Unterschrift (subscriptio) der Testamentsurkunde durch den Testator und die Zeugen, mit nachfolgender Versiegelung durch die Zeugen unter Beischrift ihres Namens (superscriptio). In beiden

8) Die Zeugnissfähigkeit für das Testament (gleichfalls testamenti factio genannt) hat die testamenti factio activa, also die Vermögensfähigkeit des römischen Civilrechts und vollkommene Handlungsfähigkeit zur Voraussetzung (oben S. 100. 348). Daher sind Unfreie, Nichtbürger, Frauen, impuberes, furiosi, prodigi vom Testamentszeugniss ausgeschlossen. Ausserdem wird Wahrnehmungsfähigkeit (daher der Ausschluss von Blinden und Stummen) und Selbständigkeit dem Testator gegenüber gefordert: Alle, welche unter väterlicher Gewalt des Testators stehen, der eingesetzte Erbe und die mit demselben durch väterliche Gewalt verbundenen Personen sind zum Testamentszeugniss unfähig.

Fällen darf der Act der Testamentserrichtung durch keinen zwischeneinfallenden Vorgang gestört sein (Erforderniss der unitas actus).

2) Daneben giebt es ausserordentliche Testamentsformen. Ohne jede Form testirt nach römischem Recht gültig der auf dem Feldzuge befindliche Soldat (testamentum militis). Mit erleichterter Form kann testirt werden zur Zeit einer ansteckenden Krankheit: die Zeugen brauchen nicht gleichzeitig, sondern können nacheinander zum Testiract hinzugezogen werden (testamentum pestis tempore); auf dem Lande genügt im Nothfall die Zuziehung von fünf Zeugen, welche dann aber den Inhalt auch des schriftlichen Testaments erfahren müssen (testamentum ruri conditum). Mit erschwerter Form testirt der Blinde: es muss ein achter Zeuge hinzugezogen werden, welcher den Inhalt der Testamentsurkunde den übrigen Zeugen vorliest und mitunterschreibt und siegelt (sog. Blindentestament). Eine privilegirte Form ist die des öffentlichen Testaments: das Testament ist ohne jede weitere Solennität gültig errichtet, wenn die Testamentsurkunde dem Kaiser übergeben ist (testamentum principi oblatum), oder wenn der erblasserische Wille zu gerichtlichem Protokoll erklärt ist (testamentum apud acta conditum). Um seines Inhalts willen ist privilegirt das sog. testamentum parentis inter liberos, d. h. ein Testament, in welchem nur für die Descendenten des Testators letztwillige Verfügungen getroffen werden: hier genügt für mündliche Errichtung die Zuziehung von zwei Zeugen; für die schriftliche Errichtung ein eigenhändiger, datirter, schriftlicher Aufsatz des Testators.

§ 1 I. de test. ord. (2, 10): Quod per aes et libram fiebat (testamentum), licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit. § 2. Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad ius civile referebantur. Postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est; iure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum iure civili signa testium non erant necessaria. § 3. Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod ius civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur: ut hoc ius tripertitum esse videatur, ut testes quidem et

eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris.

Eod. § 10: Sed neque heres scriptus, neque is, qui in potestate eius est, neque pater eius, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi. Licet enim — veteres, qui familiae emtorem et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, testamentariis testimoniis repellebant, heredi et his, qui coniuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis praestare —; tamen nos — ad imitationem pristini familiae emtoris merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae emtoris obtinet, nec aliis personis, quae ei (ut dictum est) coniunctae sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia praestare.

Eod. § 14: Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare iure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram iis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum iure civili firmumque constitutum.

3. Der dem Testament wesentliche Inhalt ist, wie schon früher bemerkt, die Erbeseinsetzung. Der auf Erbeseinsetzung gerichtete Wille des Testators muss ein kategorischer, präciser Wille sein. Darum ist nach römischem Recht die Einsetzung von incertae personae (z. B. der Armen) ungültig. Eine persona incerta ist auch die erst später sich bestimmende Person (z. B.: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto), sowie die erst später geborene Person. Nur bezüglich der postumi sui (oben S. 324) ist eine Ausnahme gemacht, und, wenngleich erst allmälig, sowohl Einsetzung wie Enterbung derselben im Testament gestattet worden. Die Einsetzung einer juristischen Person ward ursprünglich gleichfalls als ungültige Einsetzung einer persona incerta aufgefasst. Dann ist aber den öffentlichen juristischen Personen allgemeine testamenti factio passiva beigelegt worden (oben S. 348), und wird nach justinianischem Recht die fromme Zwecke verfolgende Einsetzung von personae incertae (z. B. der Armen, der Kranken) als Einsetzung der Kirche aufrecht erhalten.

Termin (dies) und Resolutivbedingung sind bei der Erbes-

einsetzung ausgeschlossen; wären sie dennoch hinzugefügt, so werden sie gestrichen (semel heres semper heres). Dagegen ist die Suspensivbedingung allerdings zulässig. Ein besonderer Fall der suspensiv bedingten Erbeseinsetzung ist die Substitution: die Einsetzung eines zweiten Erben für den Fall, dass der ersteingesetzte („instituirte") Erbe nicht Erbe wird (plures gradus heredum facere). Unmögliche und unsittliche Bedingungen, welche der Erbeseinsetzung beigefügt sind, werden gestrichen.

Ulp. Fragm. tit. 24 § 15: Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit.

Eod. tit. 21: Heres institui recte potest his verbis: TITIUS HERES ESTO, TITIUS HERES SIT, TITIUM HEREDEM ESSE JUBEO. Illa autem institutio: HEREDEM INSTITUO, HEREDEM FACIO, plerisque improbata est.

Eod. tit. 22 § 4: Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo QVISQVIS PRIMVS AD FVNVS MEVM VENERIT, HERES EST; quoniam certum consilium debet esse testantis.

Eod. § 5: Nec municipium nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. Senatusconsulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint.

Eod. § 6: Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatusconsulto constitutionibusve principum instituere concessum est, sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymaeum Mileti —.

Eod. § 19: Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes; si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Junia.

§ 9 I. de hered. inst. (2, 14): Heres et pure et sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest. § 10: Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.

§ 100.

Die Notherbfolge.

Das Notherbrecht ist entweder formelles Notherbrecht, d. h. es gehört zur Form des Testaments, dass der Testator den Notherben entweder einsetze oder enterbe: der Testator muss des

Notherben in seinem Testament gedenken. Oder das Notherbrecht ist materielles Notherbrecht, d. h. es gehört zum Inhalt des Testaments, dass der Testator dem Notherben einen bestimmten Theil des Nachlasses (den sog. Pflichttheil) zuwende, ihn also bedenke.

Die römische Rechtsentwickelung ist vom lediglich formellen Notherbrecht ausgegangen, um dann ein auch materiell wirkendes Notherbrecht zu erzeugen, und endlich (durch Justinian) zu der Verschmelzung von formellem und materiellem Notherbrecht überzugehen.

I. Nach altcivilem Recht haben nur die sui heredes ein Notherbrecht, und zwar ein lediglich formelles Notherbrecht: zur formalen Gültigkeit des Testaments gehört es, dass sie entweder eingesetzt oder enterbt seien. Will der Testator über seinen Nachlass zu Gunsten anderer Personen verfügen, so muss er erst die „Eigenthümer“ (heredes) seines Vermögens entsetzen (exheredes facere), um sich freies Eigenthum zu freier Verfügung für Andere zu verschaffen. Die Nothwendigkeit der exheredatio ist die formelle Anerkennung des Eigenthums der familia (der Descendenten-Familie) an dem Vermögen. Erst durch vollzogene exheredatio wird das Familieneigenthum in vollfreies Privateigenthum seines Inhabers verwandelt. Und zwar muss der filius suus mit sonderlicher Erwähnung (nominatim) exheredirt sein; für die Töchter und Enkelkinder genügt es, wenn in dem Testament sich die Klausel findet, welche der vorsichtige Römer jeder Erbeseinsetzung beizufügen pflegte: ceteri exheredes sunto (sog. exheredatio inter ceteros).

Ist diesem formellen Notherbrecht nicht genug geschehen, also ein suus „präterirt“ (weder instituirt noch exheredirt) worden, so war die Wirkung verschieden. War ein filius suus präterirt, so war das Testament wegen Formfehlers ungültig, und trat Intestaterbfolge ein. Waren andere sui präterirt (Töchter oder Enkelkinder), so blieb das Testament gültig; die präterirten sui traten aber zu den Testamentserben hinzu (scriptis heredibus adcrescunt): neben eingesetzten extranei erbten sie die Hälfte, neben eingesetzten sui eine Virilportion.

Es genügt auch nicht, dass der suus unter einer Bedingung exheredirt oder instituirt ist (es sei denn, dass die Erfüllung der

Bedingung von der freien Willkür des bedingt Instituirten abhängt, sog. Potestativbedingung); er muss für den Fall der Deficienz der Bedingung gleichfalls instituirt oder exheredirt sein. Hat der Testator durch Institution und Substitution mehrere „Grade“ der Erbeseinsetzung gemacht (oben S. 357), so muss der nicht instituirte suus ab omnibus gradibus exheredirt werden, d. h. es muss sowohl dem institutus wie dem substitutus gegenüber die Exheredation ausgesprochen sein, wozu z. B. die Exheredation im Beginn des Testaments (ante heredis institutionem) genügend ist.

Schwierigkeiten machten ursprünglich die postumi sui (oben S. 324), weil sie als personae incertae (S. 356) weder instituirt noch exheredirt werden konnten. Die testamenti factio passiva der postumi ward jedoch für die nach dem Tode Geborenen durch Herkommen festgestellt (sog. postumi legitimi), für die noch bei Lebzeiten der Testators, aber nach Errichtung des Testaments Geborenen durch die lex Junia Velleja (sog. postumi Vellejani), nachdem schon vorher der Prätor Gallus Aquilius eine Formel erfunden hatte, durch welche es möglich war, den nach der Testamentserrichtung geborenen Enkel eines Sohnes, welcher dann durch Tod seines Vaters noch bei Lebzeiten des Testators suus heres (des Grossvaters) wird, rite zu instituiren (sog. postumi Aquiliani). So konnten auch postumi rite instituirt und exheredirt werden. Für den postumus filius ist „namentliche“, für die übrigen postumi die Exheredation inter ceteros genügend, doch die letztere nur dann, wenn die Beifügung eines Legats für solche postumi (Töchter und Enkel) gezeigt hatte, dass der Testator bei der Klausel: ceteri exheredes sunto, auch dieser postumi gedacht hatte. Für vorsichtiger galt es daher, auch diese übrigen postumi unter ausdrücklicher Hervorhebung derselben (nominatim) zu exherediren.

Die Präterition eines postumus suus hatte immer die Ungültigkeit des ganzen Testaments (sog. ruptio testamenti) und Eröffnung der Intestatsuccession zur Folge, ohne Unterschied, ob der postumus suus ein Sohn, eine Tochter oder ein Enkel war.

II. Nach prätorischem Recht haben ein formelles Notherbrecht nicht blos die sui, sondern alle liberi (oben S. 339), und zwar so, dass alle männlichen liberi (Söhne und Enkelsöhne) nominatim zu exherediren sind, und nur für die weiblichen

liberi die exheredatio inter ceteros genügt. Die Wirkung der Präterition ist nach prätorischem Recht die bonorum possessio contra tabulas (juris civilis corrigendi gratia), also niemals Nichtigkeit des Testaments, sondern immer nur ein Rechtsmittel, durch welches derjenige Präterirte, welcher die b. p. contra tabulas beim Prätor erlangt hat, das ihm contra tabulas zuertheilte prätorische Erbrecht auf den Betrag seiner Intestatportion mit den Rechtsmitteln eines bonorum possessor (interdictum quorum bonorum, hereditatis petitio possessoria) gegen die Testamentserben geltend macht. Es werden also die testamentarischen Erbeseinsetzungen sowie die auf denselben ruhenden Vermächtnisse und Freilassungen aufgehoben. Dagegen bleiben die Vormundschaftsernennungen, die Pupillarsubstitution [2]) und insbesondere die Exheredationen des Testaments in Kraft. Der exheredirte Notherbberechtigte ist und bleibt daher von der b. p. contra tabulas ausgeschlossen. Wohl aber kann der instituirte Notherbberechtigte, wenn ein präterirter Notherbe b. p. contra tabulas empfangen hat (commisso per alium edicto) auch seinerseits, wenn das für ihn vortheilhafter ist, b. p. contra tabulas auf seine Intestatportion erbitten. Wird die Erbittung der b. p. contra tabulas binnen der gesetzten Frist (annus utilis) versäumt, so bleibt das Testament vollgültig. Andererseits hatten die weiblichen liberi sowie die Enkelkinder den Vorzug, dass sie nach prätorischem Recht nicht blos den Testamentserben „accrescirten“ (oben S. 358), sondern mit b. p. contra tabulas ihre volle Intestatportion bekamen. In dieser Hinsicht ist das prätorische Recht corrigirt worden, indem Marc Aurel verordnete, dass weibliche liberi durch b. p. contra tabulas nur den ihnen kraft civilen Accrescenzrechts zufallenden Theil erlangen sollten.

III. Das materielle Notherbrecht (Pflichttheilsrecht) ist gleichfalls civilrechtlichen Ursprungs. Ein Testament, in welchem Jemand seine nächsten Angehörigen übergeht, um sein Vermögen Fremden zuzuwenden, ist ein liebloses, „pflichtwidriges“

2) Pupillarsubstitution (im Gegensatz zu der einfachen Substitution, der sog. Vulgarsubstitution, oben S. 357) ist das Testament, welches der Testator zugleich für den in seiner Gewalt befindlichen impubes macht für den Fall, dass dieser intra pubertatem decesserit.

Testament (testamentum inofficiosum). Die übergangenen Angehörigen haben das Recht, ein solches Testament als von einem Wahnsinnigen errichtet anzufechten und umzuwerfen (querela inofficiosi testamenti)[3]).

Als Pflichttheilsberechtigte galten Descendenten, Ascendenten und die vollbürtigen Geschwister, sowie die consanguinei (welche von demselben Vater abstammen), nicht die uterini; Geschwister jedoch nur unter der Bedingung, dass ihnen eine persona turpis (oben S. 88) im Testament vorgezogen war. Voraussetzung ist, dass der Pflichttheilsberechtigte in concreto intestaterbberechtigt ist. Das Pflichttheilsrecht gilt als verletzt, wenn dem Pflichttheilsberechtigten nicht wenigstens ein Viertel dessen zugewandt ist, was ihm ab intestato zugekommen wäre. Doch kann nicht verlangt werden, dass dies Viertel gerade durch Erbeseinsetzung zugewandt werde. Das Pflichttheilsrecht ist befriedigt, wenn der Testator dem Berechtigten in irgend welcher Form, sei es durch Erbeseinsetzung, sei es durch Vermächtniss oder sonst sein Viertel im Testament gegeben hat. Doch muss das Viertel ohne Belastung (ohne auferlegtes Vermächtniss, ohne Bedingung, ohne dies, ohne Auflage) gegeben sein. Eine beschwerende Bestimmung machte die Zuwendung unwirksam; nach justinianischem Recht wird die Beschwerung gestrichen.

Ist dem Pflichttheilsberechtigten nichts oder nicht genug zugewandt worden, so hat er die querela inofficiosi testamenti gegen die eingesetzten Testamentserben, um seine volle Intestatportion zu erlangen. Soweit wird das Testament rescindirt; im Uebrigen bleibt es gültig. Erschöpfen jedoch die Intestaterbtheile der Querulanten die ganze Erbschaft, so wird das ganze Testament ungültig mit allen seinen Bestimmungen (Vermächtnissen u. s. w.).

Hatte der Testator einen Grund, den Pflichttheilsberechtig-

3) Die Fiction des Wahnsinns (color insaniae) geht wahrscheinlich auf Reception griechischen Rechts zurück. Im altattischen Recht finden wir genau dieselbe Form für die Anfechtung eines lieblosen Testaments wie in Rom: der Testator ward von seinen Verwandten der μανία angeklagt, vgl. Schulin a. a. O. S. 16, wo zugleich wahrscheinlich gemacht ist, dass die griechische Praxis in Anerkennung des Pflichttheilsrechts weiter ging als die des römischen Centumviralgerichts.

ten auszuschliessen, so wird die querela inofficiosi testamenti abgewiesen. Es hat sich herausgestellt, dass der Testator vernünftig gehandelt hatte. Ueber die Relevanz der Gründe entschied freies richterliches Ermessen. Gesetzlich bestimmte Enterbungsgründe gab es nicht.

Weil die querela inofficiosi testamenti ein Angriff auf die Person des Testators ist, so verjährt sie, wie jede Klage de statu defuncti, in fünf Jahren nach dem Tode des Erblassers. Ueberdies ist sie als eine auf persönliche Genugthuung gerichtete actio vindictam spirans auf Seite des Klägers unvererblich.

IV. Justinian hat auf dem Gebiet des Notherbrechts eine Reihe von Reformen eintreten lassen. Zunächst bestimmte er, dass in dem Fall, wo einem Pflichttheilsberechtigten etwas, aber nicht genug im Testament zugedacht war, die querela inofficiosi testamenti auf die volle Intestatportion ausgeschlossen, und nur eine actio ad supplendam legitimam, d. h. nur eine Klage auf Vollauszahlung des Pflichttheils gegen die Testamentserben gerichtet werden könne. Dann ward von ihm (durch Nov. 18) der Pflichttheil erhöht, nämlich auf ein Drittel der Intestatportion, wenn der Intestaterbtheil mindestens ein Viertel der Erbschaft ausmacht; auf die Hälfte der Intestatportion, wenn dieselbe weniger als ein Viertel der Erbschaft beträgt.

Die wichtigste Reform aber vollzog er durch die Novelle 115.

Durch Novelle 115 ward für Descendenten und Ascendenten eine Verschmelzung des materiellen und formellen Notherbrechts herbeigeführt. Ascendenten sollen ihre intestaterbberechtigten Descendenten, und Descendenten ihre intestaterbberechtigten Ascendenten auf den Pflichttheil zu Erben einsetzen. Eine Enterbung ist nur aus bestimmten Gründen, welche Justinian in der Novelle gesetzlich fixirt hat, zulässig, z. B. wegen Lebensnachstellung u. dgl. Der Enterbungsgrund muss im Testament angegeben werden.

Ist diesen Vorschriften nicht genug geschehen, so wird, falls der Berechtigte im Testament zum Erben eingesetzt, aber ihm nicht genug zugewandt war, ihm nur die actio ad supplendam legitimam gegeben, welche also ausgeschlossen ist, falls

der Testator neben der Erbeseinsetzung den Rest des Pflichttheils durch Vermächtniss oder anderweitig letztwillig zugewandt hatte; Beschwerungen des Pflichttheils werden gestrichen. Ist aber der Berechtigte überall nicht zum Erben eingesetzt worden (ohne dass ein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben ist), so wird ihm eine modificirte querela inofficiosi testamenti gegeben, welche die Erbeseinsetzungen bis auf den Betrag seiner vollen Intestatportion rescindirt, die übrigen Bestimmungen des Testaments aber, z. B. Vormundschaftsernennungen, Pupillarsubstitutionen, auch die Vermächtnisse (soweit sie nicht den Pflichttheil verringern) bei Bestand lässt.

Für die Geschwister ist das bisherige blosse Pflichttheilsrecht (also ohne Recht auf Zuwendung in der Form der Erbeseinsetzung) unverändert gelassen: gegen die im Testament eingesetzten personae turpes klagen sie mit querela inofficiosi testamenti auf ihre Intestatportion, falls ihnen nichts zugewandt war; mit actio ad supplendam legitimam auf Vollzahlung nur des Pflichttheils, falls durch das ihnen Zugewandte der Pflichttheil nicht erreicht ist.

Nov. 115 c. 3: Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum, eis dederit legibus debitam portionem; nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, — ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur. —

c. 4: Sancimus itaque, non licere liberis, parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. —

Eod. § 3: Si autem haec omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus: sed, rescisso testamento, eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus: legatis videlicet, vel

fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, seu aliis capitulis — suam obtinentibus firmitatem.

§ 101.
Die Wirkung des Erbschaftserwerbes.

I. Der Erbe wird durch Erwerb der Erbschaft Universalsuccessor des Verstorbenen (oben S. 320). Er tritt in alle Rechte und Schulden des Verstorbenen ein, soweit nicht Rechte und Schulden durch den Tod des Verstorbenen aufgehoben wurden (oben S. 259. 317). Das Vermögen des Erblassers ist jetzt Vermögen des Erben (sog. confusio bonorum), die Rechte und Schulden des Erblassers sind jetzt Rechte und Schulden des Erben. Darum haftet für die Erbschaftsschulden jetzt auch das eigene Vermögen des Erben, und haftet umgekehrt für die eigenen Schulden des Erben auch die Erbschaft. In beiderlei Hinsicht ist jedoch eine Modification möglich.

Die Haftung des Erben für die Erbschaftsschulden mit seinem eigenen Vermögen wird aufgehoben vermöge des beneficium inventarii, wenn der Erbe rechtzeitig (spätestens binnen einem Vierteljahr nach Kenntnissnahme der Delation) ein Inventar über den Nachlass errichtet. Er haftet dann für die Erbschaftsschulden nur mit der Erbschaft, und ist berechtigt, die Gläubiger, sowie sie sich melden, zu bezahlen. Ist die Erbschaft erschöpft, so haftet er nicht mehr.

Die Haftung der Erbschaft auch für die Schulden des Erben wird aufgehoben vermöge des beneficium separationis, wenn die Erbschaftsgläubiger spätestens binnen fünf Jahren, und bevor sie noch mit dem Erben als mit ihrem Schuldner paciscirt haben, die separatio bonorum beim Richter beantragen.

Die Klage, durch welche der Erbe sein Erbrecht geltend macht, ist die hereditatis petitio. Er klagt mit derselben gegen jeden, welcher seinerseits sich das Erbrecht anmasst, sei es, dass er Erbe sein will (pro herede possidet), oder Erbe werden will (pro possessore possidet)[1], wenn derselbe in Folge

1) Der pro possessore Besitzende, welcher auf die Frage, weshalb er besitze, antwortet: quia possideo, ist historisch der untitulirte bösgläubige Besitzer einer Erbschaftssache, welcher pro herede usucapiren will (oben S. 303).

seiner Erbrechtsprätension entweder Sachen vorenthält, welche zum Nachlass gehören (corporis possessor) oder seine Schuld, die er dem Erblasser schuldete, nicht zahlen will (juris possessor). Beansprucht der Besitzer einer Erbschaftssache dieselbe nicht als Erbe, sondern aus irgend einem andern Rechtsgrunde (z. B. weil er Eigenthümer sei), so ist gegen ihn nicht die hereditatis petitio, sondern die Klage aus dem einzelnen zur Erschaft gehörigen Recht, also z. B. die rei vindicatio auf Grund des erblasserischen Eigenthums, zuständig.

In gleicher Weise klagt derjenige, welcher vom Prätor bonorum possessio empfangen hat, mit dem interdictum quorum bonorum gegen den, welcher pro herede oder pro possessore possidet, jedoch nur gegen den corporis possessor (vgl. oben S. 335). Deshalb war es von Bedeutung, dass der Prätor später dem bonorum possessor eine utilis hereditatis petitio (sog. hereditatis petitio possessoria) gab, mit welcher nun auch der juris possessor verklagt werden kann.

Erben mehrere Erben neben einander, so tritt für jeden die Wirkung des Erbschaftserwerbes pro parte hereditaria ein. Unter einander haben die Miterben, um sich über die Erbschaft auseinanderzusetzen, die actio familiae erciscundae (oben S. 234).

L. 9 D. de her. pet. (5, 3) (Ulpian.): Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam.

L. 11. 12 eod. (Ulpian.): Pro herede possidet, qui putat, se heredem esse. — Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: quia possideo, nec contendet, se heredem, vel per mendacium.

§ 3 I. de interd. (4, 15): Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur quorum bonorum. Ejusque vis et potestas haec est, ut, quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede, aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat, se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens, ad se non pertinere, possidet.

L. 2 D. de poss. her. pet. (5, 5) (Gajus): Per quam hereditatis

petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

II. Hindernisse des Erbschaftserwerbes sind:

1. Die Erbunfähigkeit. Kraft positiven Rechtssatzes sind nach Kaiserrecht erbunfähig die Kinder von Hochverräthern, Apostaten und Häretiker, die Wittwe, welche das Trauerjahr verletzt hat. Im Uebrigen ist nach justinianischem Recht die Erbfähigkeit in der gemeinen Vermögensfähigkeit enthalten, soferne nur der Erbe zur Zeit des Todes des Erblassers bereits als nasciturus existirte (vgl. oben S. 73). Die Erbunfähigkeit schliesst die Delation aus. Es ist für die Beerbung ebenso, wie wenn der Erbunfähige überall nicht existirte.

2. Die Incapacität ist blosse Erwerbsunfähigkeit. Sie schliesst nicht die Delation aus, sondern nur die Acquisition. Im justinianischen Recht giebt es keine Incapacitätsfälle mehr. Der wichtigste Fall war früher die durch die lex Julia et Papia Poppaea begründete Incapacität, welche die caelibes und die orbi ganz bezw. zur Hälfte von dem Erwerb der aus einem Testament deferirten Erbschaften und Vermächtnisse ausschloss (oben S. 291).

3. Die Indignität schliesst weder Delation noch Acquisition aus. Aber dem indignus soll das Erworbene wieder genommen („eripirt“) werden, sei es durch den Fiscus, sei es durch einen dritten Berechtigten (sog. bona ereptoria). So soll z. B. zu Gunsten des Fiscus die Erbschaft verlieren, wer den Tod des Erblassers durch Absicht oder Fahrlässigkeit verschuldet hat. Er ist unwürdig, die Erbschaft zu behalten.

L. un. § 12 c. de caducis tollendis (6, 51) (Justinian): Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae, quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum, sive in alias personas perveniant.

§ 102.

Das Vermächtniss.

I. Das Legat ist das solenne, in feststehender Wortform verbis imperativis durch das Mittel des Testaments angeordnete, einem Testamentserben auferlegte Vermächtniss des Civilrechts. Es ist

lediglich dazu bestimmt, einzelne Vortheile auf Kosten der Erbschaft dritten Personen zu gewähren. Das Wesen des Vermächtnisserwerbes ist Singularsuccession, im Gegensatz zu dem Erbschaftserwerb des Erben, der Universalsuccession. Das Legat gewährt nur Rechte; Schulden können nicht vermacht werden. Die Form der Rechtszuwendung war nach Civilrecht eine zweifache, entweder eine directe oder eine indirecte.

1. Der directen Rechtszuwendung diente das legatum per vindicationem. Es sprach dem Legatar unmittelbar das Eigenthum an einer dem Erblasser zu quiritarischem Eigenthum zuständigen Sache zu (Titio hominem Stichum do lego). Auf Grund desselben konnte der Legatar sofort zur rei vindicatio schreiten; einer vorgängigen Tradition von Seiten des Erben bedurfte es nicht.

2. Die indirecte Rechtszuwendung vollzog sich an erster Stelle durch das Damnationslegat, welches den Erben verpflichtete, dem Legatar das quiritarische Eigenthum an einer Sache zu verschaffen (heres meus Stichum servum meum dare damnas esto). Hier hatte der Legatar nur ein Forderungsrecht auf dare (vgl. oben S. 208) gegen den Erben, nicht sofort Eigenthum. Aber durch Damnationslegat konnten nicht blos eigene Sachen des Testators, sondern auch fremde Sachen vermacht werden. Das Damnationslegat war in Bezug auf seine Gültigkeit die sicherste und insofern beste Form des Legats. Dem Damnationslegat verwandt war das legatum sinendi modo (heres meus damnas esto, sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere). Auf diese Weise konnten nicht blos Sachen des Erblassers, sondern auch Sachen des Erben (nicht aber Sachen Dritter) vermacht werden. Es liegt auch hier eine blosse Obligation des Erben vor, aber nicht zum dare, sondern nur zum sinere: zu gestatten, dass der Legatar die Sache sich aneigne. Ebenso war dem Damnationslegat das legatum per praeceptionem verwandt (L. Titius hominem Stichum praecipito): in dieser Form kann nur eine Erbschaftssache (aber auch die nicht im quiritarischen Eigenthum stehende), und nur einem Miterben vermacht werden; das Legat begründet eine Pflicht der Miterben, im judicium familiae erciscundae (mit dieser Klage muss das Legat geltend gemacht werden) dem be-

vorzugten Miterben jene Sache noch ausser seinem Antheil zu belassen.

Das SC. Neronianum bestimmte, dass jedes Legat, welches in der vom Testator gewählten Form (z. B. als Vindicationslegat) wegen Mangels der mit dieser Form verbundenen Voraussetzungen ungültig war, als Damnationslegat aufrecht erhalten werden solle. Durch jedes Legat wurde nun der Erbe verpflichtet, es zu erfüllen.

Ulp. fragm. tit. 24 § 1: Legatum est, quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur: nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.

Gaj. Inst. II, § 193: Per vindicationem hoc modo legamus: TITIO verbi gratia HOMINEM STICHUM DO LEGO; sed et si alterutrum verbum positum sit, veluti DO aut LEGO, aeque per vindicationem legatum est; item, ut magis visum est, si ita legatum fuerit: SUMITO, vel ita: SIBI HABETO, vel ita: CAPITO, aeque per vindicationem legatum est. § 194. Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet id est intendere, suam rem ex iure Quiritium esse. § 196. Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt. sed eas quidem res, quae pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam. ceteras res vero placuit, utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum, et quo moreretur, alioquin inutile est legatum.

Eod. § 201: Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO. sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est. § 202. Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere rem et praestare, aut aestimationem eius dare debeat. § 203. Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut FRUCTUS, QUI IN ILLO FUNDO NATI ERUNT, aut QUOD EX ILLA ANCILLA NATUM ERIT. § 204. Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est, intendere heredem sibi dare oportere: et tum heres, si res mancipii

sit, mancipio dare, aut in iure cedere, possessionemque tradere debet; si nec mancipii sit, sufficit si tradiderit.

Eod. § 209: Sinendi modo ita legamus: HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE LUCIUM TITIUM HOMINEM STICHUM SUMERE SIBIQUE HABERE. § 210. Quod genus legati plus quidem habet, quam per vindicationem legatum; minus autem, quam per damnationem. nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui: cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest; per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest.

Eod. § 216: Per praeceptionem hoc modo legamus: L. TITIUS HOMINEM STICHUM PRAECIPITO. § 217. Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset: praecipere enim esse, praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit. § 219. Item nostri praeceptores, quod ita legatum est, nulla alia ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda, accipi solet; officio enim iudicis id contineri, ut ei, quod per praeceptionem legatum est, adiudicetur.

Ulp. fragm. tit. 24 § 11: Senatusconsulto Neroniano — cautum est, ut, quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo jure legatum esset: optimum autem jus legati per damnationem est.

II. Neben dem Legat kam das Fideicommiss, d. h. das formlose Vermächtniss auf: der Erblasser stellte es (verbis precativis) in das Gewissen (daher der Name fidei commissum) des Onerirten (fiduciarius), ob er dem Bedachten (fideicommissarius) das vom Erblasser formlos Zugewandte leisten werde. Solche Fideicommisse konnten auch ausserhalb des Testaments und ohne Testament (also zu Lasten des Intestaterben), sie konnten auch einem Nichterben, z. B. einem Vermächtnissnehmer, auferlegt sein. Ein Fideicommiss kann Jedem auferlegt werden, welcher von dem Testator von Todeswegen etwas erhält, auch dem Fideicommissar selber. Es kann mündlich oder schriftlich, vor Zeugen und ohne Zeugen errichtet werden. Die regelmässige Form war ein Brief an den Beschwerten (codicilli). Solche Fideicommisse

wurden trotz ihrer Formlosigkeit rechtlich verbindlich, seitdem Kaiser Augustus eine extraordinaria cognitio zu Gunsten des Fideicommissars anordnete. Nach seinem Ermessen konnte causa cognita der Magistrat (es ward dann ein eigner praetor fideicommissarius dafür bestellt) den Onerirten zur Leistung des Fideicommisses an den Honorirten zwingen. Immer war es ein blosses Forderungsrecht, niemals direct Eigenthum, was durch das Fideicommiss erworben wurde. Dennoch war klar, dass das Fideicommiss (das Vermächtniss des jus gentium) im Begriff war, das ganze Vermächtnissrecht des Civilrechts aus den Angeln zu heben. Das formlose Vermächtniss hatte praktisch den gleichen Erfolg errungen, wie das formale: die Verpflichtung des Erben zur Auszahlung.

§ 1 I. de fideic. hered. (2, 23): Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditates, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus, auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam jurisdictionem, tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

Ulp. fragm. tit. 25 § 1: Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. § 2. Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: FIDEICOMMITTO, PETO, VOLO DARI, et similia. § 3. Etiam nutu relinquere fideicommissum, usu receptum est.

Eod. § 4: Fideicommissum relinquere possunt, qui testamentum facere possunt, licet non fecerint. Nam intestato quis moriturus fideicommissum relinquere potest. § 5. Res per fideicommissum relinqui possunt, quae etiam per damnationem legari possunt. § 8. Fideicommissum et ante heredis institutionem, et post mortem heredis, et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest,

licet legari ita non possit. § 9. Item graece fideicommissum scriptum valet, licet legatum graece scriptum non valeat.

Eod. § 12: Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum, aut praetoris, qui fideicommissarius vocatur, in provinciis vero praesidum provinciarum.

pr. I. de codic. (2, 25): Ante Augusti tempora constat, jus codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et, cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui, auctoritatem ejus secuti, fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata, quae jure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quaesiisse, an possit hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse, propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

III. Die Verschmelzung der Legate und Fideicommisse geschah dadurch, dass einerseits das Legat von der überlieferten Form (z. B. der solennia verba) befreit, andrerseits das Fideicommiss an eine gewisse Form gebunden wurde. Schon durch Constantin war das Legat auch ohne verba solennia, also auch wenn in beliebige Worte gekleidet, für gültig erklärt worden. Justinian hat dann den Unterschied völlig aufgehoben.

Es giebt nach justinianischem Recht nur noch ein Vermächtniss, welches beide Namen führt: legatum und fideicommissum.

Die Wirkung des justinianischen Vermächtnisses, in welcher Form es auch angeordnet sei, ist immer eine Verpflichtung des Erben zur Erfüllung des Vermächtnisses, aus welcher die persönliche Legatsklage (actio legati) entspringt. Vermachte der Erblasser direct Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht an einer Sache, welche in der Erbschaft sich befindet, so erwirbt der Legatar ausserdem auch sofort, ohne Traditionshandlung des Erben, dieses dingliche Recht.

Seiner Form nach verlangt das justinianische Vermächtniss entweder die Errichtung in einem Testament oder in einem Codicill. Das Codicill hat die Form des Testaments (kann also gleichfalls mündlich oder schriftlich gemacht werden), jedoch mit dem Unterschied, dass die Zuziehung von fünf Zeugen genügt und die Siegelung der Zeugen nicht nothwendig ist. Ein solches Codicill kann ohne Testamentserrichtung gemacht werden (codicilli ab intestato) oder neben einem Testament (codicilli testamentarii); sie können im letztern Fall im Testament bestätigt (codicilli confirmati) oder nicht bestätigt sein (codicilli non confirmati). Es soll aber auch nach einer Vorschrift Justinians auf Grund einer ganz formlosen Erklärung des Erblassers an den Onerirten der mit dem Vermächtniss Bedachte klagberechtigt sein, jedoch mit der Beschränkung, dass er die Wahrheit des Vermächtnisserrichtungsactes von dem Eide des Onerirten abhängig machen muss (sog. fideicommissum orale). In diesem Oralfideicommiss Justinians hat sich das alte Recht des Fideicommisses bis in das Corpus Juris hinein behauptet.

§ 3 I. de leg. (2, 20): Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura.

§ 103.

Beschränkung der Vermächtnisse.

Es versteht sich von selber, dass der Erbe für die Vermächtnisse nur mit der Erbschaft, nicht mit seinem eignen Vermögen einsteht, denn das Vermächtniss ist eine Zuwendung auf Kosten der Erbschaft. Es liegt jedoch im Interesse der Vermächtnissnehmer selber, die Haftung des Erben für die Legate noch weiter einzuschränken. Muss der Erbe den empfangenen Erbtheil ganz den Vermächtnissnehmern herauszahlen, so wird er schwerlich Neigung haben, eine derartig belastete Erbschaft ohne jeden eigenen Vortheil, nur im Interesse Anderer, zu übernehmen. Er wird es vor-

ziehen, die Erbschaft auszuschlagen, und die Folge wird sein, dass den Vermächtnissnehmern nichts zu Gute kommt. Daher kommt es darauf an, gewissermassen einen Vergleich zwischen dem Erben und dem Vermächtnissnehmer herbeizuführen, damit jener daran interessirt sei, die Erbschaft anzutreten, dieser wenigstens einen Theil des ihm Vermachten empfange.

Die römische Gesetzgebung hat mehrere Versuche dieser Art gemacht. Die lex Furia (183 v. Chr.) bestimmte, dass der Vermächtnissnehmer (nahe Angehörige ausgenommen) nicht mehr als 1000 As aus dem Vermächtniss fordern solle. Die Lex Voconia (169 v. Chr.) gab die Vorschrift: das Legat solle nicht mehr betragen dürfen als der Erbe empfange. Den Sieg trug die lex Falcidia (40 v. Chr.) davon. Sie bestimmte, dass dem Erben ein Viertel seiner Erbportion (die sog. quarta Falcidia) von Vermächtnissen frei bleiben müsse. Die über das Mass auferlegten Vermächtnisse erleiden einen verhältnissmässigen Abzug. Die lex Falcidia galt zunächst nur den Legaten gegenüber; sie ist dann auf die Fideicommisse (SC. Pegasianum 75 n. Chr.) erstreckt worden; sie gilt aber immer nur zu Gunsten des Erben, nicht auch zu Gunsten des Vermächtnissnehmers, welcher seinerseits mit Vermächtnissen beschwert ist.

Gaj. Inst. II § 224: Sed olim quidem licebat, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quicquam heredi relinquere, praeterquam inane nomen heredis. Idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA JUS ESTO. Quare, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant; et idcirco plerique intestati moriebantur. § 225. Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere, permissum non est. Sed et haec lex non perfecit, quod voluit. Qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat, quinque hominibus singulis millenos asses legando, totum patrimonium erogare. § 226. Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur, sed tamen fere vitium simile nascebatur. Nam, in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi, hujus

lucri gratia totius hereditatis onera sustinere. § 227. Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat, quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat; et hoc nunc jure utimur.

§ 104.

Das Universalfideicommiss.

Im Wesen des Fideicommisses lag es, dass jegliche Bitte von dem Erblasser dem Onerirten ausgesprochen werden konnte, also auch die Bitte, der Onerirte möge den Erbtheil, welchen er entweder ab intestato oder ex testamento vom Erblasser erbt, an einen Dritten restituiren, sei es den ganzen Erbtheil, oder einen aliquoten Theil desselben. Hier überschritt das Fideicommiss die Grenze, welche das Legat des Civilrechts strenge innehielt. Ein solches Fideicommiss schloss eine versteckte indirecte Erbeseinsetzung des Dritten in sich. Es war eine Art des Vermächtnisses, welches die Tendenz hatte, die Wirkung der Universalsuccession herbeizuführen.

Zunächst war von Rechtswegen ein solches Fideicommiss allerdings ausser Stande, die in ihm liegende Tendenz zu verwirklichen. In welcher Form Rechtens konnte die Uebergabe des Erbtheils, insbesondere der Erbschaftsschulden überhaupt ausgeführt werden? Man schloss an ein Geschäft an, welches bereits bekannt und ausgebildet war: den Verkauf einer Erbschaft (oder eines Erbtheils), um dem neuen noch unbekannten Geschäft zugleich die Form und sein Recht zu geben. Der heres fiduciarius, welchem das Universalfideicommiss auferlegt war, verkaufte, um das Fideicommiss zu erfüllen, zum Schein (nummo uno) die Erbschaft an den Fideicommissar. Dann hatte der heres fiduciarius als Schein-Erbschaftsverkäufer dem Fideicommissar alle Activa der Erbschaft herauszugeben, der Fideicommissar dagegen als Scheinkäufer den Fiduciar (Verkäufer) wegen aller Erbschaftsschulden schadlos zu halten. Wie beim Erbschaftskauf, so wurden auch hier die beiderseitigen Verpflichtungen durch Stipulation ausser Zweifel und klagbar gestellt. Damit war jedoch eine blosse Singularsuccession herbeigeführt. Der Fideicommissar erwarb die Rechte des Erblassers, die Schulden

aber blieben bei dem Fiduciar, der eben völlig Erbe blieb. Nur dass der Fideicommissar dem Erben wegen dieser Schuldhaftung Indemnität zu leisten schuldig war[1]).

Den entscheidenden Schritt that hier das SC. Trebellianum (62 n. Chr.), indem es der Restitutionserklärung des heres fiduciarius als solcher unmittelbar die Wirkung beilegte, den Uebergang der Activa und der Passiva zu dem entsprechenden Theil auf den Universal-Fideicommissar herbeizuführen. Lediglich die Erklärung des Fiduciars, dass er restituire, bewirkt, dass der Fideicommissar (vorausgesetzt, dass dieser das Vermächtniss angenommen hat) aus den Rechten des Testators mit prätorischer actio utilis klagberechtigt ist, und seinerseits aus den Schulden des Testators von den Erbschaftsgläubigern gleichfalls mit prätorischer actio utilis verklagt werden kann. Der heres fiduciarius wird ebenso wie er die Activa einbüsst, von den Schulden frei. Der Universalfideicommissar ist zu dem entsprechenden Theil loco heredis, und hat daher auch die Rechtsmittel des Erben (fideicommissaria hereditatis petitio). Der Uebergang auch der Schulden auf den Fideicommissar unterscheidet ihn als Universalsuccessor von dem, welcher wirklich ein blosses Vermächtniss empfangen hat. In dem Universalfideicommiss liegt jetzt praktisch eine neue Art der Erbeseinsetzung vor, und zwar eine Art, welche von den Schranken formaler Erbeseinsetzung befreit ist, für welche vielmehr in Bezug auf die Voraussetzungen die weit freieren Rechtssätze des Fideicommisses gelten. Mit einem Universalfideicommiss (wie überhaupt mit einem Fideicommiss) kann auch derjenige bedacht werden, welcher zur Zeit des Todes des Testators noch garnicht, auch nicht als nasciturus, existirte. Das Universalfideicommiss kann (wie jedes Fideicommiss) einen dies a quo haben: falls bestimmt ist, dass der Erbe etwa erst nach 10 Jahren seinen Erbtheil herausgeben soll. Auch kann dem Universalfideicommissar (wie jedem Fideicommissar) wiederum ein Fideicommiss, also in diesem Fall wiederum ein Universalfideicommiss auferlegt werden,

---

1) Eine gleiche Wirkung hatte die partitio legata, welche nach Civilrecht möglich war: der Legatar empfing den entsprechenden Theil der Activa, unter der Verpflichtung, den Erben für den entsprechenden Theil der Passiva schadlos zu halten. Auch hier versprachen beide Theile die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten durch Stipulation (stipulationes partis et pro parte).

wieder etwa unter einem dies oder unter einer Bedingung. So wird durch das Mittel des Universalfideicommisses thatsächlich eine Erbeseinsetzung mit dies a quo, mit dies ad quem und mit Resolutivbedingung möglich, was Alles bei formaler Erbeseinsetzung ausgeschlossen ist (oben S. 357).

Eine Modification dieses Resultats trat durch das SC. Pegasianum (75 n. Chr.) ein, welches die quarta Falcidia auch den Fideicommissen, also auch den Universalfideicommissen gegenüber einführte (oben S. 373). Kam es zum Abzug der Quart, so trat wiederum nur Singularsuccession ein, und wurden die stipulationes partis et pro parte nothwendig. Zugleich aber ward dem Universalfideicommissar das Recht gegeben, den eingesetzten heres fiduciarius zum Antritt der Erbschaft und damit auch zur Restitution zu zwingen, in welchem Fall dann die Quart nicht abgezogen ward, sondern der Fideicommissar, und zwar dann als Universalsuccessor, ganz in die Stelle des zum Antritt gezwungenen Erben eintrat.

Justinian hat den Abschluss herbeigeführt, indem er das SC. Pegasianum mit dem Trebellianum verschmolz: der heres fiduciarius hat das Recht der Quart (jetzt quarta Trebellianica genannt), aber auch bei Abzug der Quart wird der Universalfideicommissar (für die ihm restituirten drei Viertel) Universalsuccessor. Ferner hat der Universalfideicommissar das Zwangsrecht gegen den Erben (wie nach dem Pegasianum), um dann den ganzen Erbtheil desselben zu übernehmen. So war definitiv in dem Universalfideicommiss eine in allen Fällen Universalsuccession herbeiführende freiere Form mittelbarer Erbeseinsetzung geschaffen worden.

§ 2 I. de fideic. her. (2, 23): Cum igitur aliquis scripserit: LUCIUS TITIUS HERES ESTO, poterit adjicere: ROGO TE, LUCI TITI, UT, CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, EAM GAIO SEIO REDDAS, RESTITUAS. Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare, et liberum est, vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex die certo.

Eod. § 3: Restituta autem hereditate, is quidem, qui restituit, nihilo minus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur. § 4. Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si hereditas ex fideicom-

missi causa restituta sit, omnes actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum praetor utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit.

Eod. § 5: Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea, Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso et Pusione consulibus, senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat, ille autem, qui ex fideicommiso recepit partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur; quae species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde, quae solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit. — § 6. Sed, si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat, eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut, desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu praetoris adeat et restituat hereditatem, perindeque ei et in eum, qui recipit hereditatem, actiones dentur, ac si juris est ex Trebelliano senatusconsulto. Quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui recipit hereditatem, utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

Eod. § 7: Sed, quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet, ideo, omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere,

vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto pro rata portione actionibus tam in heredem qaum in fideicommissarium competentibus.

§ 105.

Mortis causa capio.

Mortis causa capio heisst jeder Erwerb, welcher kraft letzten Willens eines Verstorbenen gemacht wird, insbesondere der Erwerb, welcher nicht die Form des Erbschaftserwerbes oder des Vermächtnisserwerbes hat. Zum Beispiel: was conditionis implendae causa empfangen wird (wenn der Erblasser etwa den Maevius zum Erben eingesetzt hatte, unter der Bedingung: si Titio decem dederit).

Auch die mortis causa donatio (oben S. 97) fällt unter den Gesichtspunkt der mortis causa capio. Sie wird zwar nicht aus der Erbschaft, sondern im letzten Moment des Lebens des Verstorbenen erworben, ist daher auch von der Antretung der Erbschaft unabhängig, steht aber doch grundsätzlich unter Vermächtnissrecht. Eine mortis causa donatio wird gültig, auch wenn sie das Schenkungsmass (oben S. 97) übersteigt, in Codicillarform errichtet (also ohne gerichtliche Insinuation). Sie unterliegt dem Abzug der quarta Falcidia seitens des eingesetzten Erben, und steht auch darin dem Vermächtniss gleich, dass sie Solvenz der Erbschaft voraussetzt, also nur dann gültig ist, wenn nach Abzug der Passiva die entsprechenden Activa übrig bleiben.

L. 31 pr. D. de mortis causa don. (39, 6) (Gajus): Mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. Certe enim et qui hereditario, aut legati, aut fideicommissi jure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem. Sed, quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.

L. 1 pr. eod. (Marcian.): Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult, quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quam heredem suum.

L. 35 pr. eod. (Paulus): Senatus censuit, placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret.

L. 4 C. de mortis causa don. (8, 56) (Justinian.): Sancimus omnes mortis causa donationes — actis minime indigere neque expectare publicarum personarum praesentiam —; sed ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus vel in scriptis vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata — et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacumque parte absimiles esse intelligantur.

Register.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

**

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.





